Thomas Scheder

Zweckmässigkeit und Zulässigkeit der Finanzierung von Wohnungsgenossenschaften durch Immobilienfonds

1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547202_0026

Zweckmässigkeit und Zulässigkeit der Finanzierung von Wohnungsgenossenschaften durch Immobilienfonds

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt
von

Thomas Scheder
aus
Berlin

1973

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Leffson
Dekan: Prof. Dr. Wessels
Tag der mündlichen Prüfung: 26.4.1973

I n h a l t

	Seite
Inhaltsübersicht	II
Schriftenverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XVI
Einleitung	1
Die Untersuchung der Zweckmäßigkeit	11
Die Untersuchung der Zulässigkeit	75

Inhaltsübersicht

Seite

Einleitung

I. Finanzierungsschwierigkeiten bei den Genossenschaften 1

II. Begrenzung, Gang und Ziel der Untersuchung 6

1. Teil

Die Untersuchung der Zweckmäßigkeit 11

1. Kapitel

Wirtschaftliche Grundlegung 11

I. Die Voraussetzungen für eine günstige Finanzierung 11

II. Die einzelnen Finanzierungsarten 15

1. Die Einzahlungen auf die Geschäftsanteile als Kapitalgrundlage 15

a) Der gegenwärtige Zustand 15

b) Verstärkte Finanzierung über die Geschäftsguthaben 18

aa) Vermehrung der Geschäftsanteile 18

bb) Erhöhung der Einzahlungen und Verkürzung der Einzahlungsfrist 20

c) Sachwertbeteiligung 21

aa) Der Begriff 22

bb) Möglichkeiten der Substanzwertbeteiligung 25

cc) Die Bildung eines Förderkapitals 30

d) Erhöhung der Förderungsleistung 34

e) Sondermitgliedschaften 35

2. Finanzierung durch Staatssubventionen 36

3. Finanzierung aus Rücklagen 38

4. Rationalisierung und Konzentration 39

5. Finanzierung aus Fremdmitteln 40

Seite

2. K a p i t e l

Die Finanzierung durch Immobilienfonds 42

I. Der Begriff 42

II. Die Grundtypen der Immobilienfonds 43

III. Die Konstruktion der Immobilienfonds unter Mitwirkung von Genossenschaften 48

1. Allgemeine Voraussetzungen 48

2. Immobilienfonds, deren Zertifikate Eigentum über eine Kommanditgesellschaft vermitteln (im folgenden: Fonds I) 49

a) Die rechtliche Konstruktion 49

b) Steuerliche Gesichtspunkte 57

c) Die wirtschaftliche Attraktivität der Zertifikate 62

d) Der wirtschaftliche Wert der Finanzierung über Fonds I 64

3. Immobilienfonds, deren Zertifikate Eigentum über eine Bruchteilsgemeinschaft vermitteln (im folgenden: Fonds II) 67

a) Die rechtliche Konstruktion 67

b) Steuerliche Gesichtspunkte 69

c) Die wirtschaftliche Attraktivität der Zertifikate 70

d) Der wirtschaftliche Wert der Finanzierung über Fonds II 73

4. Ergebnis 74

2. T e i l

Die Untersuchung der Zulässigkeit 75

3. K a p i t e l

Die Zulässigkeit der Beteiligungen bei einer gewinnorientierten Geschäftspolitik 75

I. Die Rechtsform der Beteiligungen 75

II. Die Beteiligung als Ausdruck einer gewinnorientierten Geschäftspolitik 78

III. Die Beschränkung auf den Förderungszweck 80

Seite

1. Das Förderungsprinzip 81

a) Die traditionelle Auffassung 81

b) Eine Zwei-Stufen-Theorie 85

2. Die Vereinbarkeit mit dem Förderungsprinzip 87

a) Die Beteiligung an den Zentralen 87

b) Die Tätigkeit der Zentralen 88

c) Die Beteiligung an der Kommanditgesellschaft 89

d) Der Gang der Förderung im einzelnen 89

IV. Der Einfluß der Nichtmitgliedergeschäfte auf die Zulässigkeit der Beteiligungen 99

1. Das Identitätsprinzip 99

2. Die Vereinbarkeit mit dem Förderungsprinzip 103

a) Die Versorgung von Mitgliedern der Primärgenossenschaften mit Wohnraum durch die Zentrale 103

b) Die Zertifikatausgabe an Dritte 104

c) Die Abgabe von Wohnraum an Dritte 105

V. Die Zulässigkeit der Abgabe von Entscheidungsbefugnissen auf übergeordnete Einheiten 107

VI. Wettbewerbsrechtliche Beschränkungen der Beteiligung 108

4. K a p i t e l

Die Zulässigkeit der Finanzierung durch Immobilienfonds unter sonstigen Gesichtspunkten 114

I. Der Einfluß des hohen Kapitals auf die Zulässigkeit 114

1. Die Anhäufung und der Einsatz des Kapitals 114

a) Die Vereinbarkeit mit dem Förderungsprinzip 115

b) Die Vereinbarkeit mit dem Personalitätsprinzip 115

2. Der Widerspruch zwischen dem Personalitätsprinzip und der körperschaftlichen Grundstruktur als Auslegungsmittel 117

Seite

II. Die innerorganisatorische Zuständigkeit zur Durchführung des Fondsprojekts bei Genossenschaften 121

5. K a p i t e l

Die Zulässigkeit unter Berücksichtigung des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts 127

I. Die Vorteile der Anerkennung als gemeinnütziges Wohnungsunternehmen und ihre Voraussetzungen 127

1. Die Vorteile 127

2. Die Voraussetzungen 128

II. Die Übernahme der Funktion des gemeinnützigen Wohnungsunternehmens durch die Zentralen 130

1. Fonds I 130

2. Fonds II 132

III. Die Übernahme der Funktion des gemeinnützigen Wohnungsunternehmens durch die Primärgenossenschaften 137

Schriftenverzeichnis

Albrecht, Gerhard, Großgenossenschaften, in: Reform Bd. 1 (1956), S. 125 - 160
(zitiert: Albrecht, Großgenossenschaften)

ders. Gedanken zur Frage der großgenossenschaftlichen Entwicklung, in: ZgGenW Bd. 5 (1955), S. 1 - 15
(zitiert: Albrecht, Gedanken)

Back, Josef, Wo stehen die Genossenschaften heute?, in: ZgGenW Bd. 4 (1954), S. 44 - 67

Baumann, G. Der Hausbesitzbrief - gestückelter Hausbesitz, in: Taschenbuch für den Wohnungswirt, Hamburg 1966, S. 19 -21

Bellstedt, Christoph, Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlagen?, in: DÖV 1961 S. 161 - 171

Bergmann, Hans, Moderne Vermögensanlage mit Zukunft, in: Der Volkswirt 1966 S. 589 - 593
(zitiert: Bergmann)

ders. Hausbesitz - nach Maß gestückelt - Beurteilungsmaßstäbe sind Rendite, Wachstum und Fungibilität, in: Der Volkswirt 1967 S. 375 ff.
(zitiert: Bergmann, Immobilienzertifikate)

Bodien, E., Die Hypotheken-Bürgschaftsgenossenschaften in der Schweiz, in: GemWW 1958 S. 199 - 203
(zitiert: Bodien, Hypotheken-Bürgschaftsgenossenschaften)

ders. Wohnungsgenossenschaften und moderne Wirtschaftstendenzen, in: GemWW 1958 S. 261 - 266
(zitiert: Bodien, Moderne Wirtschaftstendenzen)

Brand, Walter, Strukturwandel bei den Baugenossenschaften, in: Zeitschrift für das gemeinnützige Wohnungswesen in Bayern 1961 S. 273 - 275

Brecht, Julius, Finanzierungsprobleme und Finanzierungsaufgaben der Genossenschaften in heutiger Zeit, in: ZgGenW Bd. 4 (1954), S. 70 - 88
(zitiert: Brecht, Finanzierungsprobleme)

ders. Sorgen der Wohnungsbaugenossenschaften, in: ZgGenW Bd. 6 (1956), S. 81 - 94
(zitiert: Brecht, Sorgen der Wohnungsbaugen.)

Brenning, Horst, Rechts- und Steuerfragen bei Immmobilienzertifikaten, in: Neue Wirtschaftsbriefe (NWB), Fach 21, S. 453 - 456

Brixner, Jörg, Marktintegration durch bäuerlich-genossenschaftliche Aktiengesellschaften, in: Vorträge und Aufsätze des Instituts für Genossenschaftswesen der Universität Münster, herausgegeben von Eric Boettcher, Karlsruhe 1966
(zitiert: Brixner, Marktintegration)

B r i x n e r , Jörg, Zweckmäßigkeit und Möglichkeiten genossenschaftlicher Betätigung in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, dargestellt an Beispielen aus dem ländlichen Genossenschaftswesen, Diss., Münster 1961
(zitiert: Brixner, Zweckmäßigkeit)

B r ü g g e m a n n , Josef, Zukunftsprobleme der Wohnungsbaugenossenschaften, in: Vorträge und Aufsätze des Instituts für Genossenschaftswesen der Universität Münster, herausgegeben von Eric B o e t t c h e r , Heft 14, Karlsruhe 1968

B ü h l e r , Ottmar, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. neubearbeitete, erweiterte Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1956

Von C a e m m e r e r , Ernst, Großgenossenschaften, in: Reform Bd. 1 (1956), S. 161 - 189

Die gemeinnützige Wohnungswirtschaft, Jahrbuch 1966/67, herausgegeben vom Gesamtverband gemeinnütziger Wohnungsunternehmen, Hamburg 1967; Jahrbuch 1965/66, Hamburg 1966; Jahrbuch 1969, Hamburg 1970

D r a h e i m , Georg, Die Genossenschaft als Unternehmung, in: Gegenwartsprobleme genossenschaftlicher Selbsthilfe. Festschrift für Paul König, herausgegeben vom Institut für Genossenschaftswesen an der Universität Münster, Karlsruhe 1960
(zitiert: Draheim, Die Genossenschaft als Unternehmung)

ders. Die Genossenschaft als Unternehmungstyp, 2. Auflage, Göttingen 1955
(zitiert: Draheim, Unternehmungstyp)

ders. Die Raiffeisengenossenschaften im Zeitalter der Automation, Verhandlungsbericht zum Deutschen Raiffeisentag am 26. und 27.6.1957 in Münster, Bonn o.Z., S. 35 ff.
(zitiert: Draheim, Die Raiffeisengenossenschaften)

ders. Genossenschaftliche Zusammenschlüsse, in: Reform Bd. 1 (1956), S. 191 - 240
(zitiert: Draheim, Genossenschaftliche Zusammenschlüsse)

ders. Genossenschaft und Erwerbsunternehmung, in: ZgGenW Bd. 4 (1954), S. 125 - 148
(zitiert: Draheim, Erwerbsunternehmung)

ders. Sollen zentrale Investitionsfonds für Genossenschaften gebildet werden? Auszug in: Der Verbraucher 1959, S. 579, 582
(zitiert: Draheim, Investitionsfonds)

D ü l f e r , Eberhard, Zur Frage des Unternehmungscharakters der Genossenschaft, in: ZgGenW Bd. 6 (1956), S. 265 - 274

E i s e n m e n g e r , Hartmut, Immobilieninvestment als Finanzierungsinstrument und Kapitalanlage, in: Der langfristige Kredit 1966, S. 151 - 155

Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften nebst Begründung und Anlage. Amtliche Ausgabe, Berlin 1888 (zitiert: Entwurf)

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Kabinettsvorlage aus dem Jahre 1971 (zitiert: Entwurf zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes)

F u c h s , H., Über das relative Zurückbleiben der Bauleistungen der Baugenossenschaften gegenüber den Gesellschaften, in: GemWW 1958, S. 101 - 105

Gegenüberstellung der Vorschriften der Novelle zum Genossenschaftsgesetz in der ursprünglichen Fassung des Entwurfs vom 7. April 1970 zum einen und der Ergänzungen bzw. Änderungen vom 23. 4., 10. 7. bzw. 29. 7.1970 zum anderen, zusammengestellt im Oktober 1970, herausgegeben vom Freien Ausschuß der Deutschen Genossenschaftsverbände (zitiert: Gegenüberstellung)

Gemeinschaftskommentar, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht, herausgegeben von Hans M ü l l e r - H e n n e b e r g und Gustav S c h w a r t z , 2. neugestaltete Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 1963

G o t t l i e b , Rolf, Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, Diss., Zürich 1939

G r o c h l a , Erwin, Betriebsverband und Verbandsbetrieb. Wesen, Form und Organisation der Verbände aus betriebswirtschaftlicher Sicht, Berlin 1959

H a l l e r m a n n , Hermann, Genossenschaftliche Haftung; Genossenschaften ohne Haftpflicht, in: Reform Bd. 1 (1956), S. 393 - 426

Hausbesitz ohne Ärger ? in DW 1958 S. 779 - 782

H e n n i n g , Ludwig, Begrenztes Anlagerisiko, in: DW 1969 S. 722 - 726 (zitiert: Henning, Anlagerisiko)

ders. Die Steuern bei der Kapitalanlage in Immobilienfonds, in: Der langfristige Kredit 1967, S. 587 (zitiert: Henning, Steuern)

H e n z l e r , Reinhold, Betriebswirtschaftliche Probleme des Genossenschaftswesens, in: Die Wirtschaftswissenschaften, Herausgeber: Dr.Dr. Erich G u t e n b e r g , Köln, 48.Lieferung, Reihe A (Betriebswirtschaftslehre) Beitrag Nr. 41, Wiesbaden 1962
(zitiert: Henzler, Betriebswirtschaftliche Probleme)

ders. Die Entwicklung der Genossenschaft zur Unternehmung, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1963, S. 129 - 140
(zitiert: Henzler, Die Entwicklung der Genossenschaft zur Unternehmung)

ders. Grenztypen des Genossenschaftsbetriebs. Die Tendenz zur Genossenschaftsunternehmung, in: ZgGenW Bd. 6 (1956), S. 9 - 15
(zitiert: Henzler, Grenztypen)

ders. Neugestaltung des gesetzlichen Genossenschaftsbegriffs; Zulässigkeit des ergänzenden Nichtmitgliedergeschäfts, in: Reform Bd. 1 (1956), S 51 - 76
(zitiert: Henzler, Neugestaltung)

ders. Prüfungsverbände, Hamburg 1956
(zitiert: Henzler, Prüfungsverbände)

ders. Verstärkte Kapitalbeteiligung der Mitglieder als genossenschaftliche Bindekraft, in: GemWW 1963, S. 39, 40
(zitiert: Henzler, Kapitalbeteiligung)

ders. Wohnungsbaugenossenschaft = Aktiengesellschaft?, in: Der langfristige Kredit 1959, S. 487, 488
(zitiert: Henzler, Wohnungsbaugenossenschaft = Aktiengesellschaft?)

H e r r m a n n - H e u e r , Kommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer (Loseblattsammlung), 14. Auflage, Köln (1971)

H e s m e r , Wald- und Forstwirtschaft in Nordrhein-Westfalen, Hannover 1958

H e s s e l m a n n , Malte, Handbuch der GmbH & Co., 12. überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln (1971)

H o l t h ö f e r , Hugo, Die eingetragene Genossenschaft und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, Diss., Heidelberg 1906

H u e c k , Alfred, Gesellschaftsrecht, 15. Auflage, München 1970

Immobilienfonds, Möglichkeiten und Probleme aus der Sicht der gemeinnützigen Wohnungswirtschaft, Herausgeber: Gesamtverband gemeinnütziger Wohnungsunternehmen e.V., Köln, Hamburg 1968

J o s e p h , Gustav, Die Weiterentwicklung der Wohnungsbaugenossenschaften, in: ZgGenW Bd. 1 (1950/51), S. 102 - 114

K l e i n , Friedrich, Das Steuerrecht der Genossenschaften, in: Vom Wesen der Genossenschaften und ihre steuerliche Behandlung, Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen an der Universität Münster, Herausgeber: Prof.Dr. Hans-Jürgen S e r a p h i m , Neuwied 1951 (zitiert: Klein, Steuerrecht)

ders. Die Genossenschaften des öffentlichen Rechts, in: ZgGenW Bd. 7 (1957), S. 145 - 157 (zitiert: Klein, Genossenschaften)

K l e i n - P a u l i c k , Gedanken zur Reform der Besteuerung der eingetragenen Genossenschaften, in: ZgGenW Bd. 2 (1952), S. 217 - 230

K l e i n - S c h e d e r , Die Waldgenossenschaften in der Bundesrepublik Deutschland und ihre steuerliche Behandlung, in: ZgGenW Bd. 17 (1967), S. 241 - 276

Konsumgenossenschaften im Zeichen der Strukturreform, in: Bayrisches Raiffeisenblatt, 71. Jahrgang, Nr. 3 vom 1.2.1967, S. 69 - 73

K r u h m e , Die rechtliche Einordnung der Immobilienfondsgesellschaften und das Erfordernis einer gesetzlichen Sonderregelung, Berlin 1968

L a n g - W e i d m ü l l e r , Genossenschaftsgesetz (Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften), Kommentar, 29. Auflage, Berlin - New York 1971

L a n g e n , Eugen, Kommentar zum Kartellgesetz, 4., neubearbeitete Auflage (Neuwied und Berlin), Stand: 1.2.1967 (Loseblattsammlung)

L e h m a n n - D i e t z , Gesellschaftsrecht, 3., neubearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1970

L e h m a n n - H ü b n e r , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Auflage, Berlin 1966

L i t t m a n n , Eberhard, Zur Gewerbesteuerpflicht der GmbH und Co. KG. Zugleich ein Beitrag zum BFH-Urteil IV 233, 234/65 vom 17.3.1966, in: GmbH-Rundschau 1966, S. 116 - 120

M a u n z , Theodor, Deutsches Staatsrecht, 17., neubearbeitete Auflage, München 1969

M a u n z - D ü r i g , Grundgesetz, Kommentar Bd. I (Loseblattsammlung), München 1970 (Stand Sept. 1970)

M a u r e r - B i r k e n b i h l , Das Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Zweite, durchaus neubearbeitete Auflage, Berlin 1898

M e l l e r o w i c z , Konrad, Eine neuartige Form des Immobilieninvestments, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1963, S. 179 - 186

M e s s e r s c h m i d t , Hermann, Der rechtliche Begriff der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft und seine Gestaltung im künftigen Recht, Diss., Münster 1955

M e y e r - M e u l e n b e r g h , Genossenschaftsgesetz, 11., neubearbeitete Auflage, München 1970

M i t t e i s - L i e b e r i c h , Deutsche Rechtsgeschichte, 12., ergänzte Auflage, München 1971

M ü l l e r , Klaus-Eberhard, Waldalmende und Waldgenossenschaft, Diss., Freiburg 1953

M ü l l e r - G r i e s - G i e s s l e r , Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2., vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, Frankfurt a.M. (Loseblattsammlung), Stand Dezember 1970

Mustersatzung für gemeinnützige Wohnungsbaugenossenschaften, herausgegeben vom Gesamtverband gemeinnütziger Wohnungsunternehmen, Ausgabe: März 1961, Nachdruck: Januar 1964

O h m , Hans, Die Genossenschaften und ihre Preispolitik, Karlsruhe 1955
(zitiert: Ohm, Preispolitik)

ders. Die Genossenschaft - eine Unternehmung? in: ZgGenW Bd. 4 (1954), S. 229 - 245
(zitiert: Ohm, Die Genossenschaft - eine Unternehmung?)

P a l a n d t , Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 30., neubearbeitete Auflage, München 1971

P a r i s i u s - C r ü g e r , Das Reichsgesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Kommentar, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin und Leipzig 1932

P a u l i c k , Heinz, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, in: Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen an der Universität Münster, Herausgeber: Hans-Jürgen S e r a p h i m , Karlsruhe 1956
(zitiert: Paulick, Eingetragene Genossenschaft)

ders. Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954
(zitiert: Paulick, Typenbeschränkung)

ders. Probleme der Warenrückvergütung, in: Die genossenschaftliche Rückvergütung, Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen an der Universität Münster, Herausgeber: Hans-Jürgen S e r a p h i m , Karlsruhe 1961, S. 30 - 38
(zitiert: Paulick, Warenrückvergütung)

P e t z o l d , Eduard, Haftsumme - zeitgemäß?, in: ZgGenW Bd. 5 (1955), S. 54 - 70

R a s c h - W e s t r i c k , Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, 3., völlig neu bearbeitete Auflage, Herne-Berlin 1966

R e i c h e l , Wolfgang, Immobilien - Anlagegesellschaften als Instrument der Wohnungsbaufinanzierung, in: BBBl. 1966, S. 545 - 548
(zitiert: Reichel, Immobilien-Anlagegesellschaften)

ders. Die rechtliche Konstruktion des Immobilien-"Investments", in: BB 1965, S. 1117 - 1120
(zitiert: Reichel, Die rechtliche Konstruktion)

R e i n h a r d t , Rudolf, Die Verwertbarkeit des modernen Rechts der Aktiengesellschaft für eine Reform des Genossenschaftsrechts, in: ZgGenW Bd. 1 (1951), S. 206 - 223
(zitiert: Reinhardt, Die Verwertbarkeit)

ders. Genossenschaftliche Zusammenschlüsse, in: Reform Bd. 1 (1956), S. 241 - 276
(zitiert: Reinhardt, Genossenschaftliche Zusammenschlüsse)

ders. Ordnungsprobleme im heutigen Genossenschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Großgenossenschaften, in: ZgGenW Bd. 5 (1955), S. 30 - 47
(zitiert: Reinhardt, Ordnungsprobleme)

R i e b a n d t - K o r f m a c h e r , Alice, Förderkapital - Gefahr oder Fortschritt? Modernisierung des Genossenschaftsrechts, in: Gemeinnütziges Wohnungswesen 1970 S. 509 - 513
(zitiert: Riebandt-Korfmacher, Förderkapital)

dies. Genossenschaften mit verbriefter Beteiligung? in: GemWW 1966, S. 225 -229
(zitiert: Riebandt-Korfmacher, Verbriefte Beteiligung)

dies. Referentenentwurf eines Genossenschaftsgesetzes und gemeinnützige Wohnungsunternehmen, in: GemWW 1963, S. 147 - 151
(zitiert: Riebandt-Korfmacher, Referentenentwurf)

R o b o t k a , Frank, Eine Theorie des Genossenschaftswesens, in: ZgGenW Bdn 5 (1955), S. 155 - 175

S c h e r e r , Adolf, Genossenschaftliche Haftung; Genossenschaften ohne Haftpflicht, in: Reform Bd. 1 (1956), S. 427 - 446

S c h n e i d e r , Peter, Neuere Entwicklungstendenzen im Bereich der ländlichen Genossenschaftsorganisation, in: ZgGenW Bd. 17 (1967), S. 70 - 80

S c h u b e r t , Rolf, Die rechtlichen Grenzen genossenschaftlicher Verbundwirtschaft, in: ZgGenW Bd. 17 (1967), S. 55 - 70

S c h u m a c h e r , Carl, Das Problem der Großgenossenschaften in praktischer Sicht, in: ZgGenW Bd. 5 (1955), S. 16 - 29

S e l c h e r t , Friedrich Wilhelm, Die Beteiligung der Mitglieder am inneren Wert der Genossenschaft, herausgegeben vom Institut für Genossenschaftswesen der Freien Universität Berlin, 1966
(zitiert: Selchert, Die Beteiligung)

ders. Möglichkeiten und Grenzen einer Beteiligung der Mitglieder am "inneren Wert" im Falle einer Genossenschaft in der rechtlichen Form der Aktiengesellschaft, in: ZgGenW Bd. 18 (1968) S. 169 - 190
(zitiert: Selchert, Möglichkeiten)

S e r a p h i m , Hans-Jürgen, Über einige wirtschaftliche und soziologische Probleme der Großgenossenschaft, in: Aktuelle Probleme des Genossenschaftswesens, Bd. 4 der Wiener Studien des Forschungsinstitutes für Genossenschaftswesen, Göttingen 1957, S. 55 - 72
(zitiert: Seraphim, Wirtschaftliche und soziologische Probleme)

ders. Wie muß eine wirklichkeitsnahe Theorie das Wesen der Genossenschaften erfassen?, in: ZgGenW Bd. 8 (1958), S. 56-69
(zitiert: Seraphim, Wirklichkeitsnahe Theorie)

S o n n e m a n n , Theodor, Genossenschaftliche Zusammenarbeit als Ordnungsfaktor auf den nationalen Agrarmärkten, Vortrag auf der 16. Generalversammlung des Verbandes der Europäischen Landwirtschaft am 28. 9.1964 in Montreux, Auszug in: Bayerisches Raiffeisenblatt 1964, S. 530 - 535

S t a d l e r , Otto, Die Zukunftschancen der Wohnungsbaugenossenschaft, in: Der langfristige Kredit 1959, S. 335 - 337 (und 1960, S. 61 ff.)
(zitiert: Stadler, Zukunftchancen)

ders. Probleme und Möglichkeiten der Wohnungsbaufinanzierung, in: Taschenbuch für den Wohnungswirt, Hamburg 1966, S. 1 - 14
(zitiert: Stadler, Wohnungsbaufinanzierung)

T e t z n e r , Heinrich, Kartellrecht, 2., neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1967

T r o l l , Max, Die steuerliche Behandlung der Immobilienfonds-Zertifikate, in: Rechts- und Wirtschaftspraxis (RWP) 14 (D) Zertifikate II B 1, vom 1.3.1967, S. 41 - 46

W e b e r , Rüdiger, Die organisationsrechtliche Stellung des Vorstandes der eingetragenen Genossenschaft, in: Bd. XXVI der Veröffentlichungen des Instituts für Genossenschaftswesen an der Philipp-Universität Marburg (Lahn), Marburg 1962

W e i p p e r t , Georg, Neugestaltung des gesetzlichen Genossenschaftsbegriffs; Zulässigkeit des ergänzenden Nichtmitgliedergeschäfts, in: Reform Bd. 1 (1956), S. 101 - 123

W e i s s e n b o r n , Hans-Ulrich, Wenn ist das negative Kapitalkonto eines Kommanditisten steuerlich anzuerkennen, in: DStR 1968, S. 501, 502

W e l l i n g , Heino, Die Beteiligung der eingetragenen Genossenschaft an anderen Gesellschaften nach geltendem und zukünftigem Recht, Diss., Münster 1966

W e s t e r m a n n , Harry, Das rechtliche Wesen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, in: Vom Wesen der Genossenschaften und ihre steuerliche Behandlung, Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen an der Universität Münster, Herausgeber: Prof.Dr. Hans-Jürgen S e r a p h i m , Neuwied 1951
(zitiert: Westermann, Das rechtliche Wesen)

ders. Die Bedeutung des Förderungszwecks für die rechtliche Ausgestaltung der Genossenschaft, in: ZgGenW Bd. 13 (1963), S. 273 - 296
(zitiert: Westermann, Förderungszweck)

ders. Die Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für die Genossenschaften, in: Aktuelle Probleme und zukünftige Aspekte genossenschaftswissenschaftlicher Forschung, Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen der Universität Münster, Herausgeber: Hans-Jürgen S e r a p h im Bd. XIV 1962, S. 263 - 278
(zitiert: Westermann, Die Bedeutung)

ders. Die Marktintegration als Rechtsproblem, in: Berichte über Landwirtschaft, 183. Sonderheft, Hamburg und Berlin 1967, S. 27 - 40
(zitiert: Westermann, Marktintegration)

ders. Die Rechtsnatur der Warenrückvergütung, in: Die genossenschaftliche Rückvergütung, Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen an der Universität Münster, Herausgeber: Hans-Jürgen S e r a p h i m , Karlsruhe 1961, S. 1 - 24
(zitiert: Westermann, Rückvergütung)

ders. Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, Karlsruhe 1956
(zitiert: Westermann, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf)

ders. Neugestaltung des gesetzlichen Genossenschaftsbegriffs; Zulässigkeit des ergänzenden Nichtmitgliedergeschäfts, in: Reform Bd. 1 (1956), S. 77 - 100
(zitiert: Westermann, Neugestaltung)

ders. Sachenrecht, 5., neubearbeitete Auflage, Karlsruhe 1966
(zitiert: Westermann, Sachenrecht)

W o l f f , Hans J., Verwaltungsrecht I, 8., neubearbeitete Auflage, München 1971
(zitiert: Wolff I)

ders. Verwaltungsrecht II, 2., neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1967
(zitiert: Wolff II)

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	(bezieht sich auf die Angaben im Schriftenverzeichnis)
Abs.	Absatz.
AktG	Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I S.1089).
AO	Reichsabgabenordnung vom 22.5.1931 (RGBl. I S. 161) in der Fassung ihrer Änderungen.
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht.
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite).
BBBl.	Bundesbaublatt (Jahr und Seite).
Bd.	Band.
BFH	Bundesfinanzhof.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl. I S. 195) in der Fassung seiner Änderungsgesetze.
BGBl.	Bundesgesetzblatt (Jahr, Ausgabe und Seite).
BGH	Bundesgerichtshof.
BGHZ	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite).
BStBl.	Bundessteuerblatt (Jahr, Ausgabe und Seite).
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr und Seite).
DW	Das Wertpapier (Jahr und Seite).
Eingabe	Eingabe des Gesamtverbandes des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V. vom 10.2.1954 an den Bundesminister für Wirtschaft.
EStG	Einkommensteuergesetz vom 27.2.1968 (Fassung) (BGBl. I S. 145).
EStR	Einkommensteuerrichtlinien.
GBO	Grundbuchordnung vom 24.3.1897 (RGBl. I S.139) in der Fassung ihrer Änderungen.

GemWW	Gemeinnütziges Wohnungswesen, Organ des Gesamtverbandes gemeinnütziger Wohnungsunternehmen (Jahr und Seite).
GenG	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1.5.1889 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.1.1898 (RGBl. I S. 810), einschließlich der Änderungsgesetze.
GmbHG	Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892 (RGBl. S. 477), in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.5.1898 (RGBl. S. 846) einschließlich der Änderungsgesetze.
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz vom 29.3.1940 (RGBl. I S. 585).
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften vom 14.1.1970 (BGBl. I S. 127).
KO	Konkursordnung vom 10.2.1877 (RGBl. S. 351) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.1.1898 (RGBl. S. 612) einschließlich ihrer Änderungen.
KStDV	Körperschaftsteuer Durchführungsverordnung (1964) in der Fassung vom 3.5.1965 (BGBl. I S. 365) einschließlich ihrer Änderungen.
KStG	Körperschaftsteuergesetz 1965 in der Fassung vom 24.5.1965 (BGBl. I S. 450) einschließlich seiner Änderungsgesetze.
KStR	Körperschaftsteuerrichtlinien.
MBl.NW.	Ministerialblatt von Nordrhein-Westfalen (Jahr, Nr. und Seite).
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen.
n.F.	neue Fassung.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite).
Reform	Zur Reform des Genossenschaftsrechts, Referate und Materialien, 1. und 2. Band, herausgegeben vom Bundesjustizministerium, Bonn 1956 (Band, Jahr und Seite).
RG	Reichsgericht.
RGBl.	Reichsgesetzblatt (Jahr, Ausgabe und Seite).

RGZ	amtliche Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite).
StAnpG	Steueranpassungsgesetz vom 16.10.1934 (RGBl. I S. 925) in der Fassung seiner Änderungsgesetze.
StenBer.	Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten während der 1. Session der 9. Legislaturperiode, 2. Band.
StW	Steuerwarte, Herausgeber: Bund Deutscher Steuerbeamter (Jahr und Seite).
VStG	Vermögensteuergesetz in der Fassung vom 10.6.1954 (BGBl. I S. 137) einschließlich seiner Änderungsgesetze.
WGG	Gesetz über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen, in der Fassung der Bekanntmachung vom 29.2.1940 (RGBl. I S. 438) einschließlich seiner Änderungsgesetze.
WGG DV	Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen in der Fassung vom 24.11.1969 (BGBl. I S. 2141).
ZgGenW	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen, Organ der Genossenschaftsinstitute an den Universitäten Berlin, Erlangen-Nürnberg, Frankfurt, Gießen, Hamburg, Marburg, Münster, Wien (Band, Jahr und Seite).

E i n l e i t u n g

I. Finanzierungsschwierigkeiten bei den Genossenschaften

Die Genossenschaften stehen mit den Unternehmungen der Erwerbswirtschaft in vielen Wirtschaftsbereichen - etwa im Bereich der Konsumwirtschaft und des Wohnungsbaus - in Konkurrenz. Die erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen richten sich mehr und mehr auf Kapitalintensität, Rationalisierung und Spezialisierung auf dem betrieblichen sowie auf Kooperation und Konzentration auf dem zwischenbetrieblichen Bereich aus. Demgegenüber wird die Bedeutung des Kapitals und des erwerbswirtschaftlichen Gewinnstrebens bei den Genossenschaften auf den ersten Blick verdrängt zugunsten der persönlichen Mitarbeit der Mitglieder sowie dem für die Genossenschaften typischen Förderungszweck. Die kapitalmäßige Beteiligung der Mitglieder stellt nur einen "Betriebsvorschuß" [1] dar.

Um der modernen Wirtschaftsentwicklung gerecht zu werden und um eine zeitgemäße Förderung erbringen zu können, begannen zahlreiche Genossenschaften damit, ihre Struktur zu ändern. Es entstanden "Groß-Genossenschaften" mit hohem Betriebsvermögen, einer umfangreichen geschäftlichen Tätigkeit und hohen Mitgliederzahlen sowie einer weitgehend rationalisierten und durchgeplanten Betriebsführung [2]. So hat seit 1953 die Zahl der Wohnungsgenossenschaften abge-

---

1) Vgl. Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 62 - 121 (109).

2) Vgl. dazu insbesondere: Albrecht, Gedanken a.a.O., S. 1 ff.; Albrecht, Großgenossenschaften a.a.O., S. 125 - 160; Back a.a.O., S. 44 ff.; von Caemmerer a.a.O., S. 161 - 190; Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 39; Reinhardt, Ordnungsprobleme a.a.O., S. 30 ff.; Schuhmacher a.a.O., S. 16 ff.; Seraphim, Wirtschaftliche und soziologische Probleme a.a.O., S. 55 ff.

nommen, während die Zahl der Mitglieder im Bundesdurchschnitt zunahm [1]. Ähnlich ist diese Entwicklung bei den Konsumgenossenschaften. Die Zahl der Genossenschaftsläden ist z.B. im Berichtsjahr 1966 um 400 zurückgegangen, während die Zahl der Mitglieder leicht angestiegen ist [2]. Nebenher werden im Rahmen der Konzentration Zentralinstitute ausgegliedert, die zum Teil in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft, zum Teil in der Rechtsform der GmbH oder Aktiengesellschaft organisiert sind. Aus Gesichtspunkten der Rationalisierung werden auch Einzelfunktionen der genossenschaftlichen Unternehmen auf Kapitalgesellschaften verlagert. Im einzelnen können dadurch äußerst komplizierte Wirtschaftsgebilde entstehen, bei denen der genossenschaftliche Ursprung nicht mehr ohne weiteres zu erkennen ist.

Bei dieser Sachlage erscheint es fraglich, ob die herkömmlichen Finanzierungsmittel der Genossenschaft den sich aus der Umstrukturierung ergebenden Kapitalbedarf in Zukunft noch befriedigen können.

Die Summe der Geschäftsguthaben hat als Kapital eine nur dienende Funktion und ist im Unterschied zu den erwerbswirtschaftlichen Beteiligungen nicht Grundlage, sondern Folge der persönlichen Mitgliedschaft [3].

Wie schwach die Kapitalbasis auf Grund der Geschäftsguthaben ist, zeigt eine Berechnung Draheims [4], wonach im

---

1) Vgl. Die gemeinnützige Wohnungswirtschaft a.a.O., Jahrbuch 1966/67, Teil 2, S.140 f, Spalten 2,3 und 4; Jahrbuch 1969 S. 130 f, Spalten 2, 3 und 4.

2) Vgl. Konsumgenossenschaften im Zeichen der Strukturreform, a.a.O.

3) Vgl. Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 64.

4) Genossenschaftliche Zusammenschlüsse a.a.O., S. 206.

Jahre 1952 bei den Kreditgenossenschaften auf jedes Mitglied ein Geschäftsguthaben in Höhe von 32,-- DM entfiel, bei den Milchverwertungsgenossenschaften der entsprechende Betrag bei 100,-- DM, bei den Viehverwertungsgenossenschaften bei 5,-- DM lag. Inzwischen dürfte die Mehrzahl der Geschäftsanteile zwischen 50,-- und 200,-- DM liegen. Im oberen Bereich sind die Geschäftsanteile der Wohnungsgenossenschaften zu finden, die von einzelnen Wohnungsgenossenschaften bereits auf 500,--, 700,-- DM oder höher festgesetzt wurden [1].

Einer weiteren Erhöhung der Geschäftsguthaben steht die Sozialstruktur der Mitglieder entgegen. Da diese überwiegend aus einkommensschwachen Bevölkerungsschichten [2] - insbesondere dem unteren Mittelstand -[3] stammen, können sie zur Finanzierung ihrer Genossenschaft nur in begrenztem Umfang beitragen. So haben die Genossenschaften bei der Festsetzung der Höhe der Geschäftsanteile und der darauf zu leistenden Einzahlungen die Leistungsfähigkeit ihrer Mitglieder und der potentiellen Mitglieder zu berücksichtigen.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei den Wohnungsgenossenschaften, da diese naturgemäß einen besonders hohen Kapitalbedarf haben. Die Kosten für eine Wohnung von durchschnittlicher Größe und Ausstattung wurden bereits im Jahre 1966 auf mindestens 45 000,-- DM beziffert [4]. In Anbetracht dieser Größenordnung fällt selbst ein Geschäftsguthaben des einzelnen von 700,-- DM kaum ins Gewicht.

---

1) Vgl. Brecht, Sorgen der Wohnungsbaugenossenschaften a.a.O., S. 87.

2) Vgl. Albrecht, Großgenossenschaften a.a.O., S.132f.; Brüggemann a.a.O., S.17.

3) Vgl.z.B. Draheim, Genossenschaftliche Zusammenschlüsse a.a.O., S.229; kritisch dazu: Brüggemann a.a.O., S.14.

4) Vgl. Die Gemeinnützige Wohnungswirtschaft a.a.O., Jahrbuch 1966/67, S.104.

Besonders schwer fällt es einer neugegründeten Wohnungsgenossenschaft, das erforderliche Eigenkapital aufzubringen. Denn sie hat nicht die Möglichkeit, die Neubauten über die Erträge aus den Altbauten zu finanzieren. Das eingesetzte Kapital amortisiert sich relativ spät, bei Einbeziehung der Tilgungszeit, nach 30 - 40 Jahren. Diese Zeit muß zum großen Teil mit Fremdmitteln überbrückt werden.

Hinzu kommt, daß sich gerade auf dem Bausektor die Kosten seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges in besonderem Maße erhöht haben [1]. Da außerdem die Ansprüche, die an eine Durchschnittswohnung gestellt werden, in dem genannten Zeitraum um ein Vielfaches gestiegen sind [2], mußte man die Herstellungskosten für eine Durchschnittsmietwohnung mit 70 m^2 Wohnfläche je nach Ausstattung schon im Jahre 1969 mit wenigstens 49 000,-- DM [3] bis zu 60 000,-- DM [4] ansetzen. Inzwischen dürfte die 90 000,-- DM-Grenze überschritten sein. Außerdem ist vorauszusehen, daß mit abnehmendem Wohnungsfehlbestand und Übergang zur freien Wohnraumbewirtschaftung [5] der Wettbewerbsdruck zu noch höheren Ansprüchen an Preis und Ausstattung führen wird, wodurch eine knappere Kalkulation einen noch höheren Kapitalaufwand bedingt. Die Schwierigkeiten würden mit dem Ende der öffentlichen Wohnungsbauförderung weiter steigen.

Es ist abzusehen, daß fortdauernde und wachsende Finanzierungsschwierigkeiten erhebliche Auswirkungen auf die Genossenschaften haben werden. Je mehr sich die Ausgaben

---

1) Vgl. Stadler, Wohnungsbaufinanzierung a.a.O., S. 3.

2) Vgl. dazu Reichel, Immobilien-Anlagegesellschaften a.a.O., S. 545; Die gemeinnützige Wohnungswirtschaft a.a.O., Jahrbuch 1969, S.14f.

3) Vgl. Die gemeinnützige Wohnungswirtschaft, Jahrbuch 1969, S. 106.

4) Vgl. Stadler, Wohnungsbaufinanzierung a.a.O., S. 4.

5) Dazu vgl. Bodien, Hypotheken-Bürgschaftsgenossenschaften a.a.O., S.199 ff.

für Investitionen der betriebswirtschaftlichen Optimalgröße nähern, je mehr Geld für innerbetriebliche Rationalisierung aufgewandt wird, desto größer wird letztlich die Förderungsleistung der Genossenschaft in Umfang und Qualität sein.

Andererseits wird eine schlechte Kapitalausstattung voraussichtlich zu einer Stagnation oder zum Sinken der Förderungsleistung führen.

Da mit einer sinkenden Förderung die Attraktivität der Genossenschaft nachläßt, muß damit gerechnet werden, daß auch die Zahl der Mitglieder stagniert oder sinkt. Denn die Mitglieder von Genossenschaften lassen sich in ihren Motivationen gegenwärtig nicht mehr von ausschließlich ideellen Erwägungen leiten [1]. Eine im Verhältnis zur Konkurrenz geringere Förderung würde daher die Mitglieder oder die potentiellen Mitglieder von Genossenschaften veranlassen, sich einer leistungsfähigeren Unternehmung zuzuwenden. Mit sinkenden Mitgliederzahlen würde nicht nur die Summe der Geschäftsguthaben abnehmen, auch würde die Kreditfähigkeit der Genossenschaften sinken, da die Haftungsgarantie vermindert würde. Daher würde die Kapitalbasis - auch im Fremdkapitalbereich - weiter geschmälert werden, wodurch die Förderung wiederum gemindert würde.

Durch einen einmaligen Leistungsabfall kann also eine Entwicklung in Gang gesetzt werden, welche die Gefahr des Untergangs der Genossenschaft in sich birgt. Darin zeigt sich die grundlegende Bedeutung einer gesunden Finanzierung für den Fortbestand der Genossenschaften.

---

1) Vgl. Brüggemann, a.a.O., S. 22.

II. Begrenzung, Gang und Ziel der Untersuchung

Die oben aufgezeigten Finanzierungsschwierigkeiten bestehen allerdings nicht bei allen Genossenschaften im gleichen Maße. Vorwiegend sind davon diejenigen Genossenschaften betroffen, die durch eine dynamische und aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben einer starken Konkurrenz der erwerbswirtschaftlichen Unternehmen ausgesetzt sind und einen hohen Kapitalbedarf haben. Diese Merkmale dürften am ehesten auf den bei Henzler [1] dargestellten Grenztyp der Genossenschaftsunternehmung zutreffen, der durch eine streng ökonomische Ausrichtung gekennzeichnet ist.

Dagegen steht bei dem Grenztyp der gemeinschaftsverbundenen Genossenschaft nach wie vor das persönliche Tätigwerden der Mitglieder im Vordergrund des Geschäftsbetriebs. Daher hat bei diesen Genossenschaften die Beschaffung und der Einsatz von Kapital nicht die überragende Bedeutung wie bei der Genossenschaftsunternehmung. Das gleiche gilt für die öffentlich-rechtlichen Genossenschaften. Wegen der bei diesen bestehenden Zwangsbeitragspflicht und wegen der ihnen vom Gesetzgeber zugewiesenen festumgrenzten Aufgaben bereitet die Finanzierung keine vergleichbaren Schwierigkeiten.

Demnach wird sich die Untersuchung im folgenden vorwiegend mit der kapitalintensiven Großgenossenschaft mit den Merkmalen der Genossenschaftsunternehmung befassen.

Das Ziel der Untersuchung ist es, eine wirtschaftlich günstige und juristisch durchführbare Finanzierung zu finden, die den Bedürfnissen der Genossenschaften gerecht

---

1) Vgl. Henzler, Grenztypen a.a.O., S.9 ff.; Betriebswirtschaftliche Probleme a.a.O., S.23 ff. (27).

wird. Dabei ist auch die Einführung eines Förderkapitals zu berücksichtigen, wie sie im Vorentwurf zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes [1] enthalten war. Das Hauptgewicht soll allerdings auf die Finanzierung durch Immobilienfonds gelegt werden. Bei der Bildung von Fonds handelt es sich um ein kompliziertes, möglicherweise auch risikoreiches Vorhaben. Daher ist zunächst zu prüfen, ob sich eine günstige Finanzierung nicht auf eine einfachere Weise erreichen läßt.

Es wird nicht angestrebt, ein umfassendes volks- oder betriebswirtschaftliches Gutachten über die Finanzierung von Genossenschaften abzugeben. Vielmehr müssen die Vertiefung der Probleme und die Darstellung der Einzelheiten einer speziellen wirtschaftswissenschaftlichen Arbeit vorbehalten bleiben. Es sollen indes die Finanzierungsmöglichkeiten ausgesondert werden, die den Bedürfnissen der Genossenschaft offensichtlich nicht gerecht werden. Denn es wäre unrichtig, eine Finanzierungsfrage ausführlich juristisch zu würdigen, die sich in der Praxis als unwirtschaftlich erweisen würde.

Die Frage, wann eine Maßnahme wirtschaftlich günstig ist, entscheidet sich nicht zuletzt nach der steuerlichen Rechtslage. Wenn nötig, sollen daher auch steuerrechtliche Gesichtspunkte angeführt werden.

Die Prüfung der Zweckmäßigkeit der Einrichtung von Immobilienfonds ist abgeschlossen, wenn diese Art der Finanzierung mehr Vorteile bietet, als die herkömmlichen Finanzierungsmittel.

Im zweiten Teil der Untersuchung wird zu prüfen sein, ob die Betätigung der Genossenschaften im Rahmen der Fonds rechtlich zulässig ist.

---

1) Vgl. Gegenüberstellung a.a.O., § 123 ff.

Dabei ist zu beachten, daß die Rechtsordnung für jede Organisationsform, mit der ein bestimmter mehr oder weniger eng umgrenzter Zweck erreicht werden soll [1], jeweils eine besondere Art der Finanzierungsmöglichkeit vorsieht. Will ein Personenzusammenschluß eine neue, atypische Finanzierungsart einführen, so ist stets zu prüfen, ob nicht spezielle gesellschaftsrechtliche Grenzen überschritten werden und das System der organisationsbedingten Finanzierungsarten verletzt wird.

Diese Grenze ergibt sich speziell bei der Genossenschaft aus dem im Genossenschaftsgesetz gezogenen Betätigungsrahmen. Mit Rücksicht auf § 1 GenG erscheint die eingetragene Genossenschaft als eine Organisationsform mit einer besonders engen Zweckbegrenzung [2].

Allerdings ist der Wortlaut jener Vorschrift als solcher zu unbestimmt, als daß er allein den Betätigungsrahmen hinreichend exakt bestimmt. Vereinzelt hat die Rechtsprechung daher den Genossenschaften Beschränkungen auferlegt, die sie aus dem "Wesen der Genossenschaft" herleitet. Diese Auffassung erscheint deswegen bedenklich, weil sich der Betätigungsrahmen der eingetragenen Genossenschaften in erster Linie aus dem Genossenschaftsgesetz ergibt. Außerdem ist das "Wesen" der Genossenschaft zu wenig greifbar, als daß seine Verwendung zur Einschränkung des Betätigungsfeldes der Genossenschaften mit den Geboten der Rechtssicherheit zu vereinbaren wäre. Abzulehnen ist daher auch eine Beschränkung auf die "wesens-

---

1) Vgl. dazu Westermann, Förderungszweck a.a.O., S. 274 f.

2) Westermann, Neugestaltung a.a.O., S. 78, sieht in § 1 das Mittel, um den Genossenschaftsbegriff in seinem Wirkungsrahmen festzulegen; vgl. auch: Förderungszweck a.a.O., S. 274; Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 48; Paulick, Typenbeschränkung a.a.O., S. 51.

eigene Tätigkeit" i.S. d. Eingabe des Gesamtverbands des deutschen Groß- und Außenhandels e.V. vom 10.2.1954 [1].

Der Betätigungsrahmen für Genossenschaften läßt sich vielmehr nur durch Auslegung der Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes finden. Allerdings legt auch das Gesetz den Begriff der Genossenschaft und deren Tätigkeitsrahmen nicht abschließend fest, sondern stellt nur eine für den wirtschaftlichen Verkehr besonders typische Form der Genossenschaft heraus [2]. Anerkannt ist, daß es "Genossenschaften" auch außerhalb des Genossenschaftsgesetzes gibt, etwa in der Rechtsform der AG, der GmbH [3], als nicht eingetragene Genossenschaft [4] oder als öffentlich-rechtliche Genossenschaft. Auch für diese "Genossenschaften" muß es Kriterien geben, die deren Betätigung als "genossenschaftlich" erscheinen lassen. Es mag letztlich dahinstehen, ob sich der Organisationsrahmen für Genossenschaften auch aus einem überpositiven Genossenschaftsbegriff ableiten läßt [5]. Jedenfalls entspricht es einer heute nahezu unwidersprochenen Meinung, den Betätigungsrahmen durch bestimmte Merkmale festzulegen, die u.a. aus § 1 GenG abgeleitet werden :

Es ist zu unterscheiden zwischen Merkmalen, die den Begriff Genossenschaft von anderen Begriffen abgrenzen und deshalb die wesensmäßige Verschiedenheit unterstreichen (wesensbestimmende Merkmale) und Merkmalen, denen zwar eine abgrenzende Funktion fehlt, da sie auch anderen Begriffen anhaften, jedoch für die Synthese des Begriffs

---

1) abgedruckt in Reform Bd. 1 a.a.O., S. 447 ff.

2) h.M., vgl. Paulick, Typenbeschränkung a.a.O., S. 154 ff.; Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 5.

3) Vgl. Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 7 ff.

4) Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 90 f.

5) Vgl. hierzu: Klein-Scheder a.a.O., S. 258 ff.

Genossenschaft notwendig sind (wesensnotwendige Merkmale) [1]. Das Förderungsprinzip, das Identitätsprinzip und das Personalitätsprinzip werden im allgemeinen als wesenbestimmende, der körperschaftliche Aufbau und die wirtschaftliche Zwecksetzung als wesensnotwendige Merkmale angesehen [2].

Es wird daher im wesentlichen zu untersuchen sein, ob sich die Genossenschaften bei der Finanzierung ihres Geschäftsbetriebs innerhalb des durch die wesenbestimmenden und die wesensnotwendigen Merkmale gezogenen Betätigungsrahmens bewegen.

Bei den gemeinnützigen Wohnungsgenossenschaften ergeben sich Schranken der Betätigung darüber hinaus aus dem Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht.

---

1) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 5 ff.; Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S.16 u.23.

2) Vgl. Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S.16 ff. m.w.N.; Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S.77 und 83 ff.

1. T e i l

Die Untersuchung der Zweckmäßigkeit

1. Kapitel

Wirtschaftliche Grundlegung

1. Die Voraussetzungen für eine günstige Finanzierung

Bei der Finanzierung von Genossenschaften sind die Grundsätze anzuwenden, die für die Finanzierung von Unternehmungen gelten. Dabei mag es dahinstehen, ob die Genossenschaften als Unternehmen im betriebswirtschaftlichen Sinne anzusehen sind [1]. Denn jedenfalls herrscht weitgehend Einigkeit darüber, daß die zur genossenschaftlichen Unternehmung tendierenden Genossenschaften - mit denen sich die vorliegende Untersuchung vorwiegend befaßt - wie Unternehmungen zu behandeln sind [2].

Eine Unternehmung kann durch Eigenkapital und/oder durch Fremdkapital finanziert werden. Welche der beiden Finanzierungsarten günstiger ist, hängt u.a. davon ab, ob genügend Eigenkapital zur Verfügung steht und ob es nicht an anderer Stelle als der Betriebsfinanzierung ertragreicher eingesetzt werden könnte, sofern billige, langfristige Fremdmittel an deren Stelle treten können. Nicht in jedem Falle ist daher die Finanzierung über Eigenkapital günstiger als die über Fremdkapital.

---

1) Ohm (Preispolitik a.a.O.; Die Genossenschaft - eine Unternehmung? a.a.O., S. 237), Robotka (a.a.O., S. 155 ff.) sowie Grochla (a.a.O., S. 49 f.) verneinen den Unternehmenscharakter der Genossenschaft.

2) Vgl. Draheim, Erwerbsunternehmung a.a.O., S. 134 und: Die Genossenschaft als Unternehmung a.a.O., S. 254; Henzler a.a.O.; Dülfer a.a.O., S. 267 ff.(270); Seraphim, Wirklichkeitsnahe Theorie a.a.O., S. 61.

Der Wert des Eigenkapitals besteht darin, daß es als Garantiegrundlage, als "Risiko- und Liquiditätspuffer" dienen kann [1]. Hinzu kommt, daß die mit dem Fremdkapital verbundenen Lasten in aller Regel mehr Gewicht haben als eine rechtzeitige Eigenkapitalbeschaffung. Man wird daher den Genossenschaften in jedem Falle eine Stärkung der Eigenkapitalbasis nahelegen müssen [2].

Das gilt in besonderem Maße für die Wohnungsbaugenossenschaften: Nach Stadler [3] sind für eine Wohnung mit 70 m^2 Flächeninhalt gegenwärtig etwa 60 000,-- DM aufzuwenden. Davon können im Höchstfalle 65 % aus Mitteln des Kapitalmarktes aufgebracht werden; den Rest von 35 % muß der Bauherr selbst mit Eigenkapital finanzieren. Da Eigenkapital, vor allem bei größeren Bauprojekten, nur selten in ausreichender Höhe vorhanden ist, werden Mietvorauszahlungen, Baukostenzuschüsse u.ä. verwandt [4].

Für eine Finanzierung mit Fremdmitteln des Kapitalmarktes bestehenden folgende Schwierigkeiten: Selbst wenn eine hundertprozentige Kapitalmarktfinanzierung möglich wäre, würde bei dem sehr niedrigen Zinssatz von 6 % pro Jahr zuzüglich 1 % Tilgung eine Annuität von jährlich 4.200 DM pro Wohnung bestehen [5]. Damit wäre jede Wohnung mit 350,-- DM pro Jahr oder jeder m^2 Grundfläche mit 5,-- DM pro Monat belastet. Hinzu kommen allgemeine Bewirtschaftungskosten und Nebenkosten für Zentralheizung, warmes Wasser usw., wodurch die Kostenbelastung auf 5,50 DM bis 6,-- DM pro m^2 Wohnfläche steigt, was sich in einer Bruttomonatsmiete von 400,-- bis 450,-- DM niederschlägt. Um

---

1) Vgl. Draheim, Erwerbsunternehmung a.a.O., S.143 ff. (147).

2) Vgl. Draheim, Erwerbsunternehmung a.a.O.

3) - 5) Alle Angaben nach Stadler, Wohnungsbaufinanzierung a.a.O., S.4, S.5 ff.

gleichwohl zu einer für den einzelnen tragbaren[1], kostendeckenden Miete zu gelangen, bleiben als Ausweg drei Möglichkeiten: Einmal könnte man eine noch niedrigere Zins- und/oder Tilgungslast, zum andern eine Senkung der Baupreise anstreben; schließlich könnte an den Einsatz zinsloser Geldmittel zu denken sein. Kredite mit einer Verzinsung von weniger als 6 % oder eine Senkung der Baupreise können als unrealistisch ausscheiden.

Als zinslose Geldmittel kommen nur öffentliche Mittel oder Eigenkapital in Betracht. Da nach einer weitgehenden Beseitigung der akuten Wohnungsnot die öffentliche Förderung des Wohnungsbaus geringer geworden ist [2] und voraussichtlich auch in Zukunft sinken wird, bleibt nur eine Erhöhung der Eigenfinanzierung [3]. Für den rein theoretischen Fall, daß das Eigenkapital zinslos zur Verfügung steht, würde bei einer Eigenkapitalfinanzierung von 35 % die Annuität bei 6 % Zinsen zuzüglich 1 % Tilgung pro Jahr nach Stadler [4] nur noch 227,50 DM pro Monat betragen, was einer Belastung von 3,25 DM je m^2 Wohnfläche monatlich entsprechen würde. Bei einer 50 %igen Eigenfinanzierung würden die entsprechenden Zahlen 165,-- DM pro Wohnung und 2,50 DM pro m^2 lauten.

---

1) Als tragbar erscheinen m.E. 25 bis 30 % des Monatseinkommens.

2) Im Jahre 1964 z.B. sank ihr Anteil an den Gesamtinvestitionen auf 19,5 % gegenüber 20 % im Jahre 1963; Angaben nach Stadler, Wohnungsbaufinanzierung a.a.O., S. 3.

3) so auch Reichel, Immobilien-Anlagegesellschaften a.a.O., S.545; Stadler, Wohnungsbaufinanzierung a.a.O., S.13.

4) Wohnungsbaufinanzierung a.a.O., S.6.

Das setzt allerdings voraus, daß das vorhandene Eigenkapital nicht an anderer Stelle als der Wohnungsbaufinanzierung ertragreicher eingesetzt werden kann. Das Unternehmen hätte z.B. die Möglichkeit, Eigenkapitalmittel zu verleihen und zugleich den Wohnungsbau mit Fremdmitteln zu finanzieren. Jedoch dürfte der Fall, daß die Erträge aus dem Einsatz des Eigenkapitals höher sind als die Kosten für Kredite auf dem freien Kapitalmarkt, selten sein. Billiger wird sich i.d.R. die Finanzierung mit Eigenkapital erweisen. Ob eine verstärkte Eigenkapitalfinanzierung anzustreben ist, hängt aber auch davon ab, welche Kosten die Schöpfung des Eigenkapitals verursacht. So kann es z.B. erforderlich sein, eine Dividende an die Kapitalgeber auszuschütten.

Da die Unternehmensführung ihre ökonomischen Entscheidungen zum Teil auf lange Sicht vorauszuplanen hat, muß sie das ihr zur Verfügung stehende Kapital in ihre Dispositionen einbeziehen können. Eine günstige Finanzierung setzt daher voraus, daß die Kapitalhöhe konstant bleibt und daß das Kapital der Genossenschaft langfristig zur Verfügung steht. Dabei kann es sich sowohl um Eigenkapital als auch um Fremdkapital handeln.

II. Die einzelnen Finanzierungsarten

1. Die Einzahlungen auf die Geschäftsanteile als Kapitalgrundlage

a) Der gegenwärtige Zustand

Die für die Genossenschaften typische Kapitalgrundlage besteht aus der Summe der Geschäftsguthaben, d.h. den Einzahlungen, welche die Mitglieder auf ihre Geschäftsanteile leisten.

Der Wert dieser Kapitalgrundlage ist schon wegen der niedrigen Geschäftsanteile gering.

Hinzu kommt, daß der Nominalbetrag nicht voll eingezahlt zu werden braucht und die Zahlungen über eine lange Zeit verteilt werden können [1]. Oft wird die Einzahlung auch in der Weise geleistet, daß die nicht ausgezahlten Rückvergütungen auf den Geschäftsanteil solange gutgeschrieben werden, bis die Höhe der Pflichteinzahlungen erreicht ist. Durch derartige Zahlungsbedingungen wird zwar die Bereitschaft zum Eintritt in eine Genossenschaft erhöht, es muß aber bezweifelt werden, ob die Nachteile, die in der zu niedrigen Einzahlung liegen, durch Mitgliederzuwachs ausgeglichen werden.

Günstiger ist die Situation insoweit bei den gemeinnützigen Wohnungsgenossenschaften, da die Mindesthöhe der Geschäftsanteile nach § 3 Abs. 2 WGG 300,-- DM betragen muß, die innerhalb von drei Jahren nach der gerichtlichen Eintragung des Genossen voll einzuzahlen sind. Die Summe der Geschäftsguthaben der berichtenden gemeinnützigen Wohnungsgenossenschaften in der Bundesrepublik Deutschland

---

1) Vgl. jedoch § 22 Abs.4 Satz 2 des Entwurfs zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes a.a.O., wonach die Genossenschaft dem Mitglied in Zukunft keinen Kredit mehr zum Zweck der Leistung von Einzahlungen gewähren darf.

belief sich am Jahresende 1968 auf 1 110 120 800,-- DM, wobei sich die Summe gegenüber 1951 mehr als verfünffacht hat [1]. Im gleichen Zeitraum ist die Zahl der Geschäftsanteile von 967 925 Einheiten auf 3 229 698 Einheiten [2] und die der Mitglieder von 724 243 Einheiten auf 1 402 441 Einheiten gestiegen [3]. Aus diesen statistischen Angaben geht hervor, daß die Geschäftsanteile erhöht worden sind und daß jedes Mitglied durchschnittlich zwei Geschäftsanteile erworben hat. Jedoch ist auch die Summe von über einer Milliarde DM als Eigenkapitalbasis für 1 386 Wohnungsgenossenschaften nicht ausreichend, da von der o.g. Summe auf die Einzelgenossenschaft im Durchschnitt nur etwa 800 000,-- DM entfallen.

Zweifelhaft ist außerdem, ob dieses aus den Geschäftsguthaben gebildete Kapital, abgesehen von seiner geringen Höhe, als Finanzierungsmittel günstig ist.

Die Frage, ob es sich um Eigenkapital oder Fremdkapital handelt, läßt sich nicht leicht beantworten. Fremdkapital ist Kapital, das Ansprüche Dritter begründet [4]. Einerseits wird die Summe der Geschäftsguthaben von den Mitgliedern aufgebracht. Da die Mitglieder Träger der Organisation und daher mit dieser identisch sind, können sie nicht als Dritte angesehen werden.

Andererseits steht der Anspruch auf Auszahlung der Geschäftsguthaben nach § 73 Abs.2 Satz 2 GenG den "Mitgliedern" nicht während ihrer Mitgliedschaft bei der Genossenschaft zu: Vielmehr wird der Anspruch erst mit Ausscheiden des Mitglieds gewährt, da nach § 73 Abs. 1 GenG die Auseinandersetzung mit dem "Ausgeschiedenen", also dem

---

1) Vgl. Die gemeinnützige Wohnungswirtschaft, Jahrbuch 1969, Teil II, S. 130 f., Spalte 12.

2) Vgl. Die gemeinnützige Wohnungswirtschaft, Jahrbuch 1969, Teil II, S. 130 f., Spalte 11.

3) Vgl. Die gemeinnützige Wohnungswirtschaft, a.a.O., Jahrbuch 1969, S. 130 f., Spalte 10.

4) Vgl. Selchert, Die Beteiligung a.a.O., S. 19.

Nicht-mehr-Mitglied stattfindet. Insoweit bestehen daher Ansprüche von Nichtmitgliedern, d.h. Dritten, an die Genossenschaft bezüglich der Geschäftsguthaben. Die Entstehung dieser Ansprüche steht von vornherein fest, da ein Ausscheiden gemäß § 77 Abs. 1 GenG im Falle des Todes fingiert wird und jedes Mitglied somit einmal "ausscheiden" muß.

Trotzdem bestehen Bedenken, das aus den Geschäftsguthaben gebildete Kapital als Fremdkapital anzusehen, da die Anspruchsinhaber ihre Stellung als Dritte erst nach Ausscheiden erhalten. Zu einer Zeit, in der keine Mitglieder ausscheiden, können daher Ansprüche Dritter bezüglich der Geschäftsguthaben nicht bestehen, so daß die Geschäftsguthaben in diesem -theoretischen- Fall Eigenkapital -wenn auch Eigenkapital besonderer Art- sind. Sie stehen ihrem Wesen nach daher auf der Grenze zwischen Eigenkapital und Fremdkapital.

Die wirtschaftlichen Konsequenzen bestehen darin, daß den Geschäftsguthaben bestimmte Nachteile der Fremdfinanzierung anhaften, ohne daß damit deren Vorteile verbunden sind: Die Summe der Geschäftsguthaben ist nicht konstant, sondern schwankt, je nachdem ob Mitglieder ausscheiden oder neu hinzukommen.

Stellt man zunächst allein auf das Interesse der Geschäftsführung an einer sicheren Dispositionsbasis über die in der Zukunft einzusetzenden Kapitalmittel ab, so wäre die Finanzierung über langfristiges, fest kalkulierbares Fremdkapital vorteilhafter als eine Finanzierung über die Geschäftsguthaben. Dies setzt indes weiterhin voraus, daß die für das Fremdkapital aufzuwendenden Kosten nicht so hoch sind, daß die Vorteile der langfristigen Kalkulationsmöglichkeit demgegenüber als zweitrangig erscheinen.

Möglich ist es allerdings, eine statistisch berechenbare Fluktuationsquote einzuplanen und die Geschäftsguthaben im übrigen als konstante Kapitalgröße zu behandeln. Trotzdem

läßt sich eine gewisse Unsicherheit - z.B. als Folge von Massenaustritten und sonstigen unvorhersehbaren Ereignissen - nicht ausschließen. Eine Untersuchung der Frage, ob und wie die Finanzierung der Genossenschaften über die Geschäftsguthaben verbessert werden kann, muß deshalb unter dem Vorbehalt stehen, daß die Geschäftsguthaben ihrer Natur nach nicht als ideales Finanzierungsmittel gelten können.

b) Verstärkte Finanzierung über die Geschäftsguthaben

Um die Finanzierung über die Geschäftsanteile zu verbessern, könnten drei Wege beschritten werden :

aa) Vermehrung der Geschäftsanteile

Die Zahl der Geschäftsanteile ließe sich durch Mitgliederzuwachs (1) oder durch Übernahme mehrerer Geschäftsanteile durch jedes Mitglied (2) vergrößern.

(1) Die Anzahl der Mitglieder zu vergrößern, erscheint als Finanzierungsmittel wenig sinnvoll. Denn einmal muß die Genossenschaft attraktiver als vergleichbare einzelwirtschaftliche Wohnungsunternehmen sein, was u.a. bereits eine ausreichende Kapitalbasis voraussetzt. Zum anderen kommt nur ein begrenzter Personenkreis für eine Mitgliedschaft in Betracht, da er faktisch bestimmte räumliche, sachliche und soziale Voraussetzungen erfüllen muß [1]. Schließlich würde die Erhöhung der Mitgliederzahl auch den Wohnungsbedarf vergrößern, womit eine Erhöhung des Kapitalbedarfs verbunden wäre.

(2) Unter den Mitgliedern besteht wenig Neigung, freiwillig mehrere Geschäftsanteile zu übernehmen: Nach § 21 GenG dürfen

---

1) Vgl. Draheim, Unternehmungstyp a.a.O., S. 35 und 88.

die Geschäftsguthaben nicht verzinst werden [1]; es wird keine Kapitaldividende auf die Geschäftsanteile gezahlt; der Überschuß wird regelmäßig nicht nach der kapitalmäßigen Beteiligung, sondern nach Maßgabe der tatsächlichen Inanspruchnahme der Genossenschaft durch die Mitglieder - d.h. nach dem Umsatz - verteilt. Da in der Mitgliederversammlung nach § 43 Abs. 2 GenG nach Köpfen, nicht nach Geschäftsanteilen abgestimmt wird, ist mit der Übernahme mehrerer Geschäftsanteile auch kein Zuwachs an Einfluß in der Mitgliederversammlung verbunden. Die Übernahme mehrerer Geschäftsanteile bringt somit dem Mitglied einer Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht [2] keinerlei Vorteile, es entstehen wegen der Vervielfältigung der Haftpflichten [3][4] sogar erhebliche Nachteile [5].

Dennoch sind die Wohnungsgenossenschaften überwiegend dazu übergegangen, von ihren Mitgliedern die Übernahme mehrerer Geschäftsanteile in ihren Satzungen zu fordern [6]. In § 7a Abs. 2 des Entwurfs zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes [7] ist diese Möglichkeit als sogenannte Pflichtbeteiligung zukünftig auch gesetzlich verankert. Parallel dazu wird in § 2 Abs. 2 des o.a. Entwurfs die Möglichkeit geschaffen,

---

1) Eine Änderung bringt § 21 a des Entwurfs zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes a.a.O. insoweit, als auf voll eingezahlte Geschäftsguthaben satzungsgemäß maximal 6 % Zinsen gezahlt werden dürfen.

2) Bei einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht ist der Erwerb von mehr als einem Geschäftsanteil durch § 119 GenG ausgeschlossen.

3) Vgl. §§ 131, 141 GenG.

4) Vgl. auch Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 108 und 112; Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 184 und 349.

5) So auch Draheim, Unternehmungstyp a.a.O., S. 88 f.

6) Vgl. § 16 Abs. 1 und 3 der Mustersatzung a.a.O.

7) A.a.O.

von einer Haftpflicht abzusehen [1], so daß die Übernahme mehrerer Geschäftsanteile keine zusätzlichen Lasten mit sich bringt. Die Haftpflichten haben zwar eine gewisse Bedeutung als Garantiebasis [2] für die Fremdfinanzierung. Diese Bedeutung dürfte jedoch wegen der außerordentlichen Höhe des benötigten Fremdkapitals einerseits und der relativ geringen finanziellen Leistungsfähigkeit der haftenden Mitglieder andererseits nur als gering einzustufen sein, so daß die Neufassung letztlich zu begrüßen ist. Die begrenzte Leistungsfähigkeit der Mitglieder ist es jedoch, die auch eine Finanzierung durch Übernahme mehrerer Geschäftsanteile als wenig aussichtsreich erscheinen läßt.

bb) Erhöhung der Einzahlungen und Verkürzung der Einzahlungsfrist

Weiterhin könnten die Genossenschaften die Pflichteinzahlungsgrenze und/oder die Einzahlungsfrist verkürzen [3]. Die wirtschaftlichen Auswirkungen dieser beiden Möglichkeiten sind gleich. Beide Maßnahmen würden die Attraktivität der Genossenschaften vermindern und könnten die finanzielle Leistungskraft der Mitglieder überfordern. Die Verkürzung der Einzahlungsfrist kommt dabei einer Erhöhung der Einzahlungen gleich, da den Mitgliedern liquide Geldmittel vorzeitig entzogen werden.

Alle oben behandelten Möglichkeiten zur verstärkten Finanzierung über die Geschäftsanteile werden in der Praxis schwer durchzusetzen sein, da erhebliche Widerstände in der Generalversammlung zu erwarten sind [4]. Unter Umständen ist ein satzungsändernder Beschluß erforderlich [5], der nach

---

1) Diese Möglichkeit haben auch schon vorher Hallermann (a.a.O., S.393 bis 426), Scherer (a.a.O., S.427 bis 446), Reinhardt (Ordnungsprobleme a.a.O., S.40) und Petzold (a.a.O., S.54 ff.) erörtert und zum Teil befürwortet.
2) Vgl. Draheim, Unternehmungstyp a.a.O., S.97 ff.; Reinhardt, Ordnungsprobleme a.a.O., S. 40.
3) Vgl. aber § 22 Abs. 4 Satz 2 des Entwurfs zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes a.a.O.
4) Vgl. Fuchs a.a.O., S. 104.
5) Vgl. § 7 Ziff. 2 GenG.

§ 16 Abs. 2 Satz 1 GenG nur mit einer Mehrheit von 3/4 der erschienenen Mitglieder oder, - wenn die Satzung Einstimmigkeit vorsieht -, einstimmig [1] zustande kommt. Soweit die Pflicht zur Übernahme weiterer Geschäftsanteile nachträglich begründet werden soll, wird dies nach der Rechtsprechung [2] von der genossenschaftlichen Duldungspflicht nicht mehr gedeckt. Ein entsprechender Beschluß der Mitgliederversammlung kann nur mit der Zustimmung aller Mitglieder gefaßt werden. Die demokratische Verfassung der Genossenschaft erweist sich in diesem Fall als Hindernis für eine elastische Geschäftspolitik [3]. Den Genossenschaftsmitgliedern fehlt oft die Voraussetzung, um wirtschaftliche Zusammenhänge genügend klar und rasch erkennen zu können. Nur eine verstärkte Aufklärungsarbeit und sonstige Maßnahmen, die das Interesse der Mitglieder am Schicksal der Genossenschaft beleben, könnten Abhilfe schaffen.

c) Sachwertbeteiligung

Der Wunsch vieler Mitglieder, verstärkt an den Wertsteigerungen des Genossenschaftsvermögens teilzuhaben [4], stellt die Genossenschaften vor die Frage, wie sich diese Einstellung für eine bessere Betriebsfinanzierung nutzbar machen läßt. Um Anreize zu schaffen, welche die Mitglieder zur Übernahme zusätzlicher Geschäftsanteile bewegen sollen und um sie am Schicksal der Genossenschaft zu interessieren, wird im Fachschrifttum eine sogenannte Sachwertbeteiligung diskutiert. Dem Genossenschaftsmitglied soll, ähnlich wie dem Aktieninhaber, die Möglichkeit gegeben werden, Wertsteigerungen des Genossenschaftsvermögens für sich auszunutzen.

---

1) Vgl. § 16 Abs. 2 Satz 2 GenG.

2) Vgl. z.B. aus neuerer Zeit den Beschluß des BayObLG vom 6.7.1967 - BReg 2 Z 28/67 (NJW 1967 S. 2163 - 2165).

3) Vgl. Fuchs a.a.O., S. 103.

4) Über die Motive zur Sachwertbeteiligung im einzelnen vgl. bei Selchert, Die Beteiligung a.a.O., S. 32 ff.

Dem Inhaber einer Aktie können die Wertsteigerungen des Gesellschaftsvermögens dadurch zugute kommen, daß bei einer positiven Geschäftsentwicklung der Börsenkurs der Aktie möglicherweise steigt.

Demgegenüber ist die Stellung des Inhabers von genossenschaftlichen Geschäftsanteilen verhältnismäßig ungünstig. Jene sind Betriebsvorschüsse, welche die Mitglieder der Genossenschaft zeitlich beschränkt bis zu ihrem Ausscheiden zur Verfügung stellen [1]. Sie geben den Mitgliedern weder einen ideellen noch einen realen Anteil am Genossenschaftsvermögen [2]. Zwar ist die Rechtsnatur des Geschäftsanteils im einzelnen umstritten [3]. Jedoch ist aus § 73 GenG zu folgern, daß mit dem Geschäftsanteil keinerlei Substanzsicherung verbunden ist, sondern daß er nur ein schlichtes Forderungsrecht gewährt [4]. Denn er gibt dem ausscheidenden Mitglied im Rahmen der Auseinandersetzung nur einen Anspruch auf Auszahlung seines Geschäftsguthabens.

aa) Der Begriff

Da nach dem Zweck der Maßnahme eine Beteiligung an allen vermögenswerten Gegenständen, insbesondere an Forderungen, stattfinden soll, wäre es wegen der Kollision mit dem Begriff Sache im Sinne des § 90 BGB besser, von "Substanzwertbeteiligung" an der Genossenschaft zu sprechen.

---

1) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 64 f., 172 und 182; Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 119.

2) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 172 und 182.

3) Zu dem Meinungsstreit vgl. Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 62.

4) Vgl. Meyer-Meulenbergh a.a.O., § 73 Anm. 2; Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 172; Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 62.

Schwierigkeiten bereitet allerdings eine genaue Wertermittlung. Selchert [1] will dabei vom Betriebsvermögen zum Tagesbeschaffungswert ausgehen, ohne die vorhandenen Faktoren des Leistungsvermögens [2] zu berücksichtigen. Deren Feststellung stehen - wie er meint - in der Praxis unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen, so daß sie sich der wirtschaftlichen Erfassung "zum Tagesbeschaffungswert" faktisch entziehen.

Selchert geht davon aus, daß das Betriebsvermögen so viel Kapital repräsentiert, als Ausgaben erforderlich wären, um dieses Vermögen in seinem gegebenen Zustand wieder zu beschaffen. Man mag diesem Ausgangspunkt im allgemeinen zustimmen; ob sich diese Konstruktion jedoch zu einer Wertbestimmung gerade des Genossenschaftsvermögens eignet, ist nicht zweifelsfrei, vor allem deshalb, weil die Genossenschaft den Wiederbeschaffungswert weder durch Veräußerungen, noch durch einen entsprechenden Mietzins realisieren kann.

Man könnte ähnlich vorgehen, wie dies bei der Einführung eines genossenschaftlichen Förderkapitals geplant war: Zunächst wäre die Höhe des Reingewinns in einer Nebenrechnung zur Handelsbilanz zu ermitteln. In diese sind die Vermögenswerte zum Wiederbeschaffungswert vom Abschlußstichtag einzustellen. Der Vermögenszuwachs wird hierdurch periodisch ermittelt. Damit erscheinen die notwendige Wertermittlung und zugleich der Begriff Substanzwert in diesem Zusammenhang hinreichend klar umschrieben, so daß die näheren Einzelheiten der Wertermittlung der Erörterung bei den einzelnen Arten der Substanzwertbeteiligung vorbehalten bleiben kann.

---

1) Beteiligung a.a.O., S. 18 f.; Möglichkeiten a.a.O. S. 171.

2) Wie z.B. ein Stamm qualifizierter Arbeitskräfte, der Stand der Planung und der Organisation (vgl. Selchert a.a.O.) sowie die (Stamm-)Kundschaft und der "goodwill".

Von der Substanzwertbeteiligung ist die Frage zu trennen, ob die Ansprüche gegen die Genossenschaft auf Teilhabe an den Wertsteigerungen des Genossenschaftsvermögens "dinglich" gesichert werden können. Dem einzelnen Mitglied könnte eine der Stellung des Eigentümers, des Nießbrauchers oder des Pfandgläubigers entsprechende Position eingeräumt werden, die ihm im Konfliktsfall Vorrang vor anderen Gläubigern der Genossenschaft gewährt.

Ein Bedürfnis nach einer erhöhten Sicherung besteht. Wird dem Mitglied ein eigenständiger Anspruch auf einen Anteil an den Wertsteigerungen des Genossenschaftsvermögens zuerkannt, so kann dieser Anspruch gleichwohl wertlos sein, wenn das Vermögen etwa in den ersten Jahren zwar im Wert steigt, die Genossenschaft später jedoch hohe Verluste erleidet und diese früher entstandenen Ansprüche dann nicht mehr befriedigen kann. Die Substanzwertbeteiligung wäre besser abgesichert, wenn es gelänge, den Genossenschaftsmitgliedern die Stellung von Grundeigentümern oder Hypothekengläubigern einzuräumen; ihre Ansprüche würden dann denen der reinen Forderungsgläubiger [1] gemäß § 11 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG vorgehen.

Eine erhöhte Sicherung würde sich weiterhin z.B. auch durch die Gewährung von Auflassungsvormerkungen an den für den Wohnungsbau bestimmten Grundstücken erreichen lassen.

Im weiteren Verlauf der Untersuchung wird daher sowohl darauf zu achten sein, wie das Mitglied an den Wertsteigerungen des Genossenschaftsvermögens beteiligt werden kann (Substanzwertbeteiligung) als auch darauf, ob und wie sich ein entsprechender Anspruch dinglich absichern läßt (dingliche Sicherung).

---

1) § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG

bb) Möglichkeiten der Substanzwertbeteiligung

Vier Möglichkeiten der Substanzwertbeteiligung haben sich in der Diskussion herausgebildet [1]. Einmal kann man den Mitgliedern der Genossenschaft einen Anspruch an den nichtgesetzlichen Rücklagen bei Ausscheiden einräumen (1), zum anderen können Gratis-Zertifikate ausgegeben werden, in denen ein entsprechender Anspruch verbrieft ist (2); weiterhin kann die Genossenschaft in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft betrieben werden, so daß die Mitglieder die Rechtsstellung von Aktionären erlangen (3).

Schließlich ist daran gedacht, de lege ferenda ein besonderes genossenschaftliches "Förderkapital" einzuführen.

(1) Besonders kritisch muß die Auszahlung eines Anteils an den Rücklagen bei Ausscheiden des Mitglieds angesehen werden, wie sie in § 73 Abs. 3 des Entwurfs zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes [2] als Kann-Vorschrift vorgesehen ist.

Zwar kann davon ausgegangen werden, daß die Mitglieder auf diese Weise wahrscheinlich an den Wertsteigerungen des Genossenschaftsvermögens teilnehmen, da die (stillen und die offenen) Rücklagen als Teil des Substanzwertes anzusehen sind. Jedoch wird der eigentliche Zweck, der mit der Substanzwertbeteiligung verfolgt werden soll und der letztlich in der Steigerung der Leistungsfähigkeit der genossenschaftlichen Betriebswirtschaft liegt, voraussichtlich nicht erreicht werden. Denn der Kapitalzufluß dürfte nur dann zunehmen, "wenn

1) die Mitglieder in geringerem Umfang als bisher aus der Genossenschaft ausscheiden,

---

1) Vgl. dazu ausführlich Selchert, Die Beteiligung a.a.O., S. 41 ff.

2) A.a.O.

2) Nichtmitglieder angeregt werden, die Mitgliedschaft zu erwerben und zudem
3) die Mitgliederumsätze steigen" [1].

Entscheidend dürfte sein, daß die Gesamtmitgliederzahl auf lange Sicht steigt oder zumindest konstant bleibt, bei ebenfalls steigenden oder wenigstens konstanten Umsätzen. Denn bei einer sinkenden Gesamtmitgliederzahl würde der Genossenschaft ein Eigenkapitalverlust nicht nur durch den Abzug der Geschäftsguthaben erwachsen, sondern darüber hinaus würden auch die bisher als konstant angesehenen und daher zur Betriebsfinanzierung besonders geeigneten Rücklagen geschmälert werden. Massenaustritte von Mitgliedern würden im Vergleich mit den gegenwärtigen Verhältnissen in ihrer Wirkung potenziert und könnten unter Umständen den Bestand der Genossenschaft gefährden.

Eine gewisse Schwäche dieser Konstruktion stellt es im übrigen dar, diesen Anspruch gerade bei Ausscheiden zu gewähren. Da die Mitglieder gegenwärtige Vorteile höher zu bewerten pflegen als zukünftige, wird in der Literatur gegen diese Form der Substanzwertbeteiligung eingewandt, sie rege die Mitglieder eher zum Austritt als zum Verbleiben in der Genossenschaft an [2]. Da mit einer länger dauernden Mitgliedschaft auch die Höhe der Rücklagen wächst, dürften jedoch diese Bedenken nicht zutreffen. Allerdings wäre es im Interesse einer Steigerung der Mitgliederzahlen wünschenswert, wenn ein Mitglied, das die Wertsteigerungen seines Anteils - aus welchen Gründen auch immer - realisieren will, nicht zum Ausscheiden aus der Genossenschaft gezwungen wird. Zwar mag vor dem Ausscheiden die Substanz des Vermögens zu Förderungszwecken zur Verfügung stehen. Nach allem werden jedoch die Impulse zur Mitgliederstei-

---

1) So Selchert, Die Beteiligung a.a.O., S. 90.
2) Vgl. Riebandt-Korfmacher, Förderkapital a.a.O., S. 510.
3) Vgl. auch Selchert, Die Beteiligung a.a.O., S. 90 f.

gerung voraussichtlich zu gering sein. Daher wird diese Form der Substanzwertbeteiligung nicht nur keine Stärkung der Kapitalgrundlage zur Folge haben, sondern wegen der Schmälerung der Rücklagen einen neuen Unsicherheitsfaktor in die Finanzierung von Genossenschaften tragen.

Schließlich müßte immer dann, wenn ein Genosse ausscheidet, der innere Wert der Genossenschaft neu berechnet und auf den Anteil aufgeschlüsselt werden. Mag die Berechnung bei der Gewährung eines Anteils an den offenen Rücklagen noch einfach sein, so wird dessen Berechnung kompliziert, wenn auch ein Anteil an den verdeckten Rücklagen gewährt werden soll. Diese Schwierigkeit läßt sich zwar mindern, wenn man - wie § 73 Abs. 3 des Änderungsentwurfs - einen Anspruch an einem besonderen Reservefonds im Sinne des §§ 33d Abs. 1 BII 2 GenG einräumt; die anderen o.b. Nachteile bleiben aber bestehen.

Nach allem ist von dieser Form der Substanzwertbeteiligung keine grundlegende Lösung der Finanzierungsprobleme zu erwarten [1].

(2) Um die oben beschriebenen Nachteile zu umgehen, wurde angeregt [2], an die Mitglieder auf Namen lautende Gratis-Zertifikate zu verteilen, in denen ein ideeller Anteil an dem noch zu bewertenden Substanzwert verbürgt ist. Die Bildung eines eigenen Fonds war bei dieser Konstruktion nicht vorgesehen. Die Probleme, die mit der Berechnung und Aufschlüsselung der Anteile zusammenhängen, bleiben bestehen,

---

1) Vgl. Riebandt-Korfmacher, Referentenentwurf a.a.O. S. 147; und: Verbriefte Beteiligung a.a.O., S. 227; Stadler, Zukunftschancen a.a.O., S. 335-337; Henzler, Wohnungsbaugenossenschaft = Aktiengesellschaft? a.a.O., S. 487; mit Einschränkung Selchert, Die Beteiligung a.a.O., S. 90.

2) Vgl. Riebandt-Korfmacher a.a.O.; Selchert, Die Beteiligung a.a.O., S. 92 ff; Henzler, Die Entwicklung der Genossenschaft zur Unternehmung a.a.O., S. 139 f.

da auch die Zertifikate einen Anteil an den (stillen und/oder offenen) Rücklagen gewähren. Allerdings werden die Mitglieder verbriefte Anteile, die über einen bestimmten Geldbetrag lauten, höher bewerten, als die unbestimmte Aussicht auf Auszahlung eines Anteils an den Rücklagen [1]. Das gilt besonders dann, wenn die Zertifikate mit einer Zinsberechtigung [2] gekoppelt werden könnten. Eine positive Mitgliederbewegung ist daher eher zu erwarten als bei (1).

Die entscheidende Frage ist jedoch, wie die Zertifikate zur Betriebsfinanzierung beitragen können [3].

Da sie unentgeltlich ausgegeben werden, bringen sie der Genossenschaft unmittelbar durch ihre Ausgabe keinen Zufluß an Kapital.

Damit das vorhandene Kapital nicht angetastet wird, müßten die Zertifikate unkündbar sein. Es dürfte keine Verpflichtung der Genossenschaft bestehen, die Papiere einzulösen.

Zweifelhaft ist, ob die so ausgestalteten Zertifikate attraktiv genug sind, um wenigstens einen Zuwachs an Mitgliedern einzuleiten. Die zentrale Frage für die Anteilsinhaber ist, wie sie die Zertifikate verwerten können. Wollen sie die darin verbürgten Vermögenswerte realisieren, so ist nur eine Einlösung bei der Genossenschaft oder der Verkauf an Dritte denkbar. Solange die Genossenschaft aber eine Einlösung der Zertifikate ablehnt und kein fester Markt besteht, werden Dritte nicht bereit sein, derartige Papiere anzukaufen. Die Zertifikate sind daher wirtschaftlich nahezu

---

1) Vgl. Selchert, Die Beteiligung a.a.O., S. 117.

2) So wie es für die Geschäftsanteile § 21 a des Entwurfs zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes a.a.O. vorsieht.

3) Vgl. dazu oben S. 14.

wertlos. Sie können weder den Genossenschaften zu einem günstigen Betriebskapital verhelfen, noch den Mitgliedern meßbare Vorteile bieten.

Gibt man dagegen den Mitgliedern die Möglichkeit, die Zertifikate bei der Genossenschaft einzulösen, würde man zwar deren Attraktivität erhöhen, der Genossenschaft aber notwendiges Betriebskapital entziehen. Dieser Kapitalverlust könnte durch einen Mitgliederzuwachs kaum ausgeglichen werden. Versucht man die Auswirkungen zu mildern, indem man lange Kündigungsfristen einführt, würde die Attraktivität der Zertifikate abnehmen. Wenn man die Einlösungsmöglichkeit nur bei Ausscheiden vorsähe, würden die gleichen Nachteile wie oben bei (1) bestehen.

Als Ausweg könnte man versuchen, für die Zertifikate einen Markt mit einem allgemeinen Tageskurswert einzurichten. Auf diese Weise könnte eine für das Genossenschaftsvermögen neutrale Verwertung der Zertifikate sichergestellt werden. Insoweit fehlt aber bisher jeder Ansatz. Diese Möglichkeit scheidet daher gegenwärtig aus.

(3) Es wird weiterhin der Vorschlag gemacht, die Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln [1].

Die Aktieninhaber sind als Miteigentümer des Grundkapitals in gewisser Weise "dinglich" berechtigt. Durch Auszahlung der Jahresdividende und gegebenenfalls durch Kursgewinne der Aktien sind sie an den Wertsteigerungen des Gesellschaftsvermögens beteiligt. Nach den Untersuchungen von Brixner [2] ist es nicht mehr zweifelhaft, daß genossenschaftliche Ziele

---

1) Vgl. dazu vor allem Selchert, Möglichkeiten a.a.O., S. 173 ff.

2) Zweckmäßigkeit a.a.O.; Marktintegration a.a.O.

auch in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft verwirklicht werden können.

Den Vorteilen einer tatsächlichen Substanzwertbeteiligung und denen der gleichbleibenden Kapitalgrundlage bei der Genossenschaft stehen verschiedene Nachteile gegenüber. Die Möglichkeit, Warenrückvergütungen an Mitglieder als Betriebsausgaben vom steuerlichen Einkommen abzuziehen [1], fällt für Genossenschaften in der Rechtsform der Aktiengesellschaft fort. Auch würden Erleichterungen hinfällig werden, welche die Genossenschaften gegenüber der Aktiengesellschaft etwa bei der Erlangung der Rechtsfähigkeit und der Gründung haben [2]. Das schwerwiegendste Hindernis besteht in der Abneigung eines großen Teils der Genossenschaftsmitglieder, einer derart grundlegenden Umwälzung, der Umwandlung ihrer Genossenschaft in eine Aktiengesellschaft, zuzustimmen. Im übrigen befaßt sich die vorliegende Untersuchung ausschließlich mit der Finanzierung von Genossenschaften, wobei sie vom Fortbestand der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft ausgeht. Daher kann auf Finanzierungsmöglichkeiten, die eine Aufgabe der hier behandelten Rechtsform voraussetzen, nicht weiter eingegangen werden.

Als eine besondere Form der Substanzwertbeteiligung kann

cc) <u>die Bildung eines Förderkapitals</u>

bezeichnet werden, wie sie in §§ 123 ff. des Vorentwurfs zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes [3] vorgesehen war.

---

1) Vgl. § 35 KStDV.

2) Vgl. dazu <u>Brixner</u>, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 47; <u>Paulick</u>, Typenbeschränkung a.a.O., S. 50 f.; <u>Westermann</u>, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 65 f.

3) Vgl. Gegenüberstellung a.a.O.

Wenn diese Regelung auch letztlich keinen Eingang in den Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums gefunden hat [1], so ist darin doch ein interessanter Versuch zur Fortentwicklung des Genossenschaftsrechts, insbesondere zur Überwindung der strukturbedingten Eigenkapitalschwäche zu sehen.

Der Entwurf sah vor, neben den Geschäftsguthaben einen gleich hohen Kapitalstock zu bilden, der in Anteile zerlegt und den Mitgliedern zur freiwilligen [2] Zeichnung angeboten werden sollte. Die nicht von Mitgliedern gezeichneten Anteile sollten von Dritten - Nichtmitgliedern - übernommen werden können - § 125 Abs. 3 des Vorentwurfs [3]. Weiterhin war vorgesehen, Anteilscheine auszugeben, die als Inhaber- oder als Namenspapiere ausgestaltet werden konnten [4]. Um die Verkehrsfähigkeit zu erhöhen, sollten die Namenspapiere den Charakter von Orderpapieren erhalten - § 129 Abs. 2 des Vorentwurfs [3]. Mit den Anteilen waren keine Mitgliedschaftsrechte verbunden. Sie gewährten vielmehr den Berechtigten zunächst eine zusätzliche Dividende in Höhe von 4 % ihres Nennbetrags - § 130 Abs. 1, § 131 Abs. 1 Satz 1 des Vorentwurfs [3]. Dabei sollten - um ein "Aushungern" der Anteilsinhaber oder der Geschäftsanteilsinhaber zugunsten der jeweils anderen Vermögensmasse zu verhindern - bis zu einer Verzinsung von 6 % Geschäftsanteile und Förderkapitalanteile paritätisch berücksichtigt werden. Daneben sollten die Förderkapitalinhaber an den Wertsteigerungen ihrer Anteile teilhaben - § 130 Abs. 2 des

---

1) Vgl. Entwurf zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes a.a.O.

2) Vgl. § 125 Abs. 4 des Vorentwurfs in: Gegenüberstellung a.a.O.

3) Vgl. Gegenüberstellung a.a.O.

4) Vgl. § 128 Abs. 2 des Vorentwurfs in: Gegenüberstellung a.a.O.

Vorentwurfs [1]. Auch insoweit sollte der Grundsatz der Parität gelten, um einen Zielkonflikt bei der Genossenschaft zu vermeiden.

Die Wertsteigerungen der Förderkapitalanteile entstehen wie folgt: Schon bei der Einberufung der Mitgliederversammlung zur Einführung des Förderkapitals ist die Höhe des Reingewinns bekanntzumachen - § 124a Abs. 1 und 2 des Vorentwurfs [1]. Das geschieht durch eine Vermögensermittlung in einer Nebenrechnung zur Handelsbilanz, die vom Vorstand aufzustellen sowie vom Prüfungsverband zu prüfen und zu testieren ist. Darin werden im Unterschied zur Handelsbilanz die Vermögenswerte nach den für die Eröffnungsbilanz der Aktiengesellschaften geltenden Bewertungsgrundsätzen ermittelt. Da Rücklagen in der Nebenrechnung nicht angesetzt werden dürfen [2], erscheint dort als"Vermögensüberschuß der Eröffnungsbilanz" ein Betrag, der sowohl die gesetzlichen und anderen Rücklagen enthält, als auch die stillen Reserven, die in den einzelnen Aktivposten der Handelsbilanz verborgen sind.

An diesem Vermögensüberschuß werden die Anteilsinhaber allerdings nicht beteiligt, sondern nur an dem später erwirtschafteten Vermögenszuwachs. Der ursprüngliche Vermögensüberschuß bleibt als Posten in den Nebenrechnungen konstant, da er als Grundlage für die Berechnung des Vermögenszuwachses ab Einführung des Förderkapitals dient.

Der spätere Vermögenszuwachs wird in entsprechender Weise ermittelt. Der Vorstand hat das Vermögen für jedes Geschäftsjahr ebenfalls in einer besonderen Nebenrechnung zur Handelsbilanz zu bestimmen und den jeweiligen Wertzu-

---

1) Vgl. Gegenüberstellung a.a.O.

2) Vgl. § 124 a Abs. 2 Satz 4 des Vorentwurfs in: Gegenüberstellung a.a.O.

wachs auszuweisen [1]. Dabei sollten die in der Förderkapitaleröffnungsbilanz angesetzten Werte in den Nebenrechnungen der Folgejahre als Anschaffungs- oder Herstellungskosten im Sinne der §§ 153 bis 155 AktG gelten, - § 124a Abs. 3 Satz 3 des Vorentwurfs [2]. Damit soll verhindert werden, daß auf Kosten des Förderkapitals der Wertzuwachs durch überhöhte Abschreibungen geschmälert werden könnte [3]. Auch sollten aus diesem Grunde die Bestimmungen der §§ 149, 151 bis 156 AktG über den Jahresabschluß und die Wertansätze gelten. Daher erscheinen in der Nebenrechnung der Posten "Rücklagen" aus der Handelsbilanz und die stillen Reserven als Überschuß und Wertzuwachs.

Dieser wird allerdings nicht ausgeschüttet. Nur in zwei Sonderfällen - bei Herabsetzung des Förderkapitals [4] und bei der Liquidation der Genossenschaft [5] - kann der Anteilsinhaber neben dem Nennbetrag Auszahlung des auf ihn entfallenden Wertzuwachses nach näherer Maßgabe des Gesetzes verlangen. Eine Einlösungspflicht der Genossenschaft besteht im übrigen nicht. Jedoch hat der Inhaber die Möglichkeit, die Anteile an Dritte mit einem Agio zu veräußern [6], der dem Wertzuwachs entspricht. Die Übertragbarkeit der Namensanteilscheine ist durch ihre Ausgestaltung als Orderpapier erleichtert.

---

1) Vgl. § 124a Abs. 3 des Vorentwurfs in: Gegenüberstellung a.a.O.

2) Vgl. Gegenüberstellung a.a.O.

3) Vgl. Riebandt-Korfmacher, Förderkapital a.a.O. S. 512.

4) Vgl. § 135 Abs. 3 des Vorentwurfs in: Gegenüberstellung a.a.O.

5) Vgl. § 132 Abs. 1 des Vorentwurfs in: Gegenüberstellung a.a.O.

6) Vgl. § 128 Abs. 1 des Vorentwurfs in: Gegenüberstellung a.a.O.

Fraglich ist allerdings, ob die Nachfrage auf dem "Markt" Preise erzielen läßt, in denen der Wertzuwachs realisiert ist. Dazu müßten die Papiere attraktiv genug sein, um Dritte zu interessieren.

Zunächst ist die Regelverzinsung von 4 % relativ gering. Eine höhere Verzinsung wird sich kaum erreichen lassen. Denn wegen der einzuhaltenden Parität kommt dem Anteilsinhaber nicht der gesamte, sondern in der Regel nur der halbierte Gewinn zugute. Mit dieser Ausschüttung allein dürfte sich eine nennenswerte Rendite nicht erzielen lassen.

Berücksichtigt man allerdings zusätzlich die Wertsteigerungen der Anteile selbst, so hängt deren Attraktivität - und somit letztlich ihre Rendite - doch wieder davon ab, ob sie zu einem den Wertsteigerungen entsprechenden Preis veräußert werden können. Da der Preis von der Nachfrage auf dem Markt abhängt, dürfte entscheidend sein, wie sich die Anteile einführen und wie die Anleger deren Chancen beurteilen. Dementsprechend könnte eine objektive Aufklärung und eine zielgerichtete Werbung die Marktchancen der Anteile erhöhen. Wie die Erfahrungen bei GmbH-Anteilen und Kommanditanteilen zeigen, wäre auch bei Förderkapitalanteilen eine positive Entwicklung zu erwarten gewesen [1]. Auf jeden Fall hätte die Einführung des Förderkapitals dem einzelnen Genossenschaftsmitglied einen Anreiz gegeben, mehr Kapital in seiner Genossenschaft zu investieren.

d) Erhöhung der Förderungsleistung

Ein anderer Weg, den Eintritt in eine Genossenschaft attraktiver zu machen, besteht darin, die Förderungsleistung zu erhöhen. Es ist zu unterscheiden zwischen der Förderung durch Warenrückvergütungen oder Überschußverteilung und der Förderung durch sonstige Unterstützung des Erwerbs oder der

---

1) Vgl. Riebandt-Korfmacher, Förderkapital a.a.O., S. 512.

Wirtschaft der Mitglieder - wie z.B. durch Beratung, Betreuung, Dienstleistungen und dgl.

Die einseitige Erhöhung der Förderung in dem einen Bereich kann zu Lasten der Förderung in dem anderen Bereich gehen. Will man dagegen die Förderung in allen Teilbereichen erhöhen, so setzt dies gerade eine gute Kapitalgrundlage voraus. Eine Stärkung der Kapitalbasis ist dagegen nicht ohne weiteres zu erwarten. Vielmehr ist zu bedenken, daß die Höhe der Förderung mit der Leistungsfähigkeit der Genossenschaft abzustimmen ist und die Bildung notwendiger Rücklagen gestatten muß. Die Förderungsleistung kann daher nicht beliebig erhöht werden.

e) Sondermitgliedschaften

Da die Zahl der potentiellen Mitglieder von vornherein beschränkt ist, wurde angeregt [1], einige wenige, zusätzliche finanzstarke Mitglieder aufzunehmen, denen es nicht auf die persönliche Förderung, sondern um das Wohlergehen der Genossenschaft ankommt -"fördernde Mitglieder".

Privatpersonen, die der Genossenschaft aus persönlichem Angehörigkeitsgefühl besonders verbunden sind, haben oft mehrere Geschäftsanteile übernommen und auf eine Förderung zum Teil verzichtet. Jedoch fällt ihr Beitrag vor allem bei Großgenossenschaften nicht ins Gewicht, so daß von einer eigentlichen Finanzierung in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden kann.

Gewichtigere Beiträge könnten dagegen Kapitalgesellschaften oder öffentliche Körperschaften leisten.

Kapitalgesellschaften werden jedoch kaum bereit sein, eine Genossenschaft - oft ein Konkurrenzunternehmen - zu unter-

---

1) Vgl. Brand a.a.O., S. 273 ff. (274).

stützen, ohne zugleich entsprechende Vorteile durch Verstärkung ihres wirtschaftlichen Einflusses erlangen zu können.

Eher könnten Gemeinden und sonstige öffentliche Körperschaften daran interessiert sein, Genossenschaften beizutreten. Soweit die Beteiligung der Unterstützung des Genossenschaftsgedankens dienen soll, sind entsprechende Leistungen nicht anders zu bewerten wie direkte Staatssubventionen, die im folgenden gesondert behandelt werden.

2. Finanzierung durch Staatssubventionen

Subventionen sind Geldleistungen des Staates an einen privaten Rechtsträger, mit denen ein bestimmter, im öffentlichen Interesse liegender Zweck gefördert werden soll [1]. Zu diesen Zwecken gehört der Wohnungsbau. Gerade nach den Zerstörungen des Zweiten Weltkrieges bestand in der Bundesrepublik ein dringender Bedarf an Wohnungen. Daher wurde der Wohnungsbau vom Staat in besonderer Weise gefördert, wie dies in den beiden Wohnungsbaugesetzen in der Fassung vom 25.8. 1953 - BGBl. I S. 1047, WoBauG - und vom 1.9.1965 - BGBl. I S. 1617, II WoBauG - zum Ausdruck kommt. Von den darin vorgesehenen Förderungsmaßnahmen hat in der Wohnungsbaupraxis der Einsatz öffentlicher Mittel neben den Steuer- und Gebührenvergünstigungen die größte Bedeutung erlangt - § 2 Buchst. a) und c) WoBauG, § 3 Abs. 1 Buchst. a) und h) II WoBauG.

Eine besondere Bedeutung innerhalb der Wohnungsbauförderung kommt den gemeinnützingen Wohnungsbauinstituten zu. Diese erhalten zwar in der Sache keine über die oben aufgezeigten Förderungsmaßnahmen hinausgehende staatliche Hilfe. Auf

1) Vgl. Bellstedt a.a.O., S.161; die Vielfalt der Subventionen verhindert eine klarere und konkretere Begriffsbestimmung. Das OVG Saarland führt in seinem Urteil vom 6.5.1959 (-I M 13/57 in: DÖV 1959, S.708-710, 708) als Kriterien die Unentgeltlichkeit und das öffentliche Interesse am Interventionserfolg an.

Grund ihrer staatlichen Anerkennung erfüllen sie jedoch grundsätzlcih die Mehrzahl der notwendigen Förderungsvoraussetzungen, wie dies unten [1] noch näher darzulegen sein wird.

Die Wohnungsgenossenschaften schließlich nehmen nicht anders als andere Wohnungsbauinstitute an den staatlichen Förderungsmaßnahmen teil [2]. Daraus ergibt sich bereits, daß keine spezifisch genossenschaftsbezogene Finanzierung vorliegt. Die Genossenschaften werden nicht wegen ihrer Rechtsform, sondern als Träger staatlicher Wohnungsbauinteressen gefördert. Es erscheint deshalb nicht unbedenklich, eine "Finanzierung" durch Staatssubventionen in eine Untersuchung über die Finanzierung von Genossenschaften mit einzubeziehen, wenn auch gegenwärtig die staatlichen Geldmittel ein gewichtiger Faktor in der Kostenkalkulation der Wohnungsbauunternehmen sein mögen.

Auch dürfte es im Hinblick auf die Neuordnung des Wohnungsmietrechts wenig ratsam sein, allzu sehr auf den Fortbestand der staatlichen Hilfe zu vertrauen: Der mit dem Dritten Mietrechtsänderungsgesetz vom 23.6.1960 - BGBl. I S. 389 - eingeleitete Abbau der Wohnraumzwangswirtschaft deutet bereits auf ein Sinken der akuten Wohnungsnot hin. Bei einem Anhalten der Bautätigkeit in dem gegenwärtigen Umfang und bei einer weiteren Stagnation der Bevölkerungszahl ist das Ende des Wohnungsfehlbestandes abzusehen. Für diesen Zeitpunkt kann ein Sinken des öffentlichen Interesses am Wohnungsneubau und damit eine Verminderung der staatlichen Hilfsmaßnahmen als sicher unterstellt werden. Subventionen können daher auf lange Sicht nicht als geeignetes Finanzierungsmittel angesehen werden.

---

1) Vgl. S. 127 ff.

2) Vgl. Henzler, Prüfungsverbände a.a.O., S. 5 f., 15.

Im übrigen hätten die Wohnungsbauunternehmen zunächst einmal selbst ihr möglichstes für eine solide Finanzierung zu tun, bevor staatliche Hilfsmaßnahmen einsetzen. Unterstrichen wird dies durch das im Staatsrecht herrschende Subsidiaritätsprinzip [1], nach dem der Staat nur dort und dann einzugreifen hat, wo und wenn die Hilfe einer unteren Ordnung versagt, insbesondere wenn die Kräfte der Selbsthilfe überfordert sind und die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum zu angemessenen Bedingungen nicht mehr gewährleistet ist.

3. Finanzierung aus Rücklagen

Rücklagen sind Eigenkapital [2], da sie keinerlei Ansprüche Dritter auslösen. Da sie langfristig und in gleichbleibender Höhe zur Verfügung stehen, geben sie der Geschäftsführung ein Höchstmaß an Dispositionsfreiheit. Rücklagen sind daher als günstige Finanzierungsmittel anzusehen [3].

Problematisch ist allerdings die Bildung der Rücklagen. Sie setzt einmal voraus, daß ein Überschuß erwirtschaftet wird, zum anderen, daß dieser den Rücklagen zugeführt wird.

Zunächst kann nicht der gesamte Überschuß als Rücklage einbehalten werden, da die Mitglieder auf eine Warenrückvergütung oder auf eine sonstige Überschußverteilung nicht verzichten wollen. Die Geschäftsführung muß sich daher bemühen, auf der Mitgliederversammlung nur soviel an Überschußverteilung zuzulassen, wie nötig ist, um die Mitglieder zu "beschwichtigen".

---

1) Vgl. Maunz a.a.O., § 10 II 6, S. 65.

2) Vgl. Reinhardt, Die Verwertbarkeit a.a.O., S. 221.

3) Vgl. Brecht, Finanzierungsprobleme a.a.O., S. 88; Draheim, Unternehmungstyp a.a.O., S. 95 f.; Henzler, Kapitalbeteiligung a.a.O., S. 39 f.; Reinhardt, Ordnungsprobleme a.a.O., S. 41; Schneider, a.a.O., S. 74.

Außerdem ist zu beachten, daß die Bildung übermäßig hoher Reserven nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs den Verlust von Steuervorteilen nach sich ziehen kann [1]. Der wirtschaftliche Wert der Rücklagen kann daher - ganz abgesehen von der Streitfrage, inwieweit Genossenschaften überhaupt Überschüsse in Form von Gewinnen erzielen und einbehalten dürfen - [2] im Einzelfall durch steuerliche Nachteile geschmälert werden.

4. Rationalisierung und Konzentration

Ein Mittel zur Unterstützung der Finanzierung sind die Rationalisierung im innerbetrieblichen und die Konzentration [3] im zwischenbetrieblichen Bereich, der ebenfalls ein Rationalisierungseffekt anhaftet. Die Rationalisierung führt stets zu einer Kostenersparnis. Ihr Effekt besteht z.B. in der Vereinfachung des Betriebsapparates und der Lagerhaltung [4]. Die Vorteile des Großbetriebs, des Großeinkaufs und die Macht als Großverbraucher können ausgenutzt werden [5]. Die Wohnungsgenossenschaften können Bauprojekte zu größeren Siedlungen zusammenfassen, die Typenzahl der Häuser beschränken und genormte Einzelteile verwenden. In Betracht kommen auch die zentrale Vergabe von Aufträgen und die zentrale Beschaffung von Baumaterialien und Bauteilen [6].

---

1) Vgl. Urteil des BFH vom 25.8.1953 - I 38/53 U (BStBl. 1954 III S. 36 - 38) und Gutachten vom 8.9.1953 I D 2/52 S (BStBl. 1954 III S. 38 - 41).

2) Diese Frage kann an dieser Stelle nicht näher behandelt werden, da sie systematisch zur Frage der Zulässigkeit der Finanzierung gehört.

3) Vgl. zu den Fragen der Konzentration Schubert a.a.O., S. 58 ff.; Sonnemann a.a.O., S. 531; Schneider a.a.O., S. 71.

4) Vgl. Bayerisches Raiffeisenblatt 1967, S. 69 - 73.

5) Vgl. Joseph a.a.O., S. 106.

6) Vgl. Joseph a.a.O., S. 107.

In den Bereich der Rationalisierung gehört auch die Errichtung von zentralen "Investitionsfonds" [1]. Hierunter sind besondere Rechtsgebilde in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der GmbH zu verstehen, die von den Zentralinstituten getragen werden und welche die genossenschaftliche Entwicklungsarbeit fördern, koordinieren und den Schwerpunkt auf Projekte von grundsätzlicher Bedeutung legen sollen. Die zentrale Finanzierung von Entwicklungsaufgaben muß positiv bewertet werden [2]. Jedoch können die eigentlichen Finanzierungsprobleme dadurch nicht gelöst werden, da die Primärgenossenschaften das Startkapital selbst erwirtschaften müssen.

5. Finanzierung aus Fremdmitteln

Das Problem der Fremdfinanzierung ist in erster Linie ein Problem der Kreditwürdigkeit. Die genossenschaftliche Kooperationsform bildet für die Gläubiger eine Vertrauensbasis, die über die einer Einzelwirtschaft hinausgeht, da hier die Leistungskraft mehrerer natürlicher Personen vereint und einer gesetzlichen Reglementierung [3] unter Berücksichtigung der Gläubigerschutzinteressen unterworfen ist.

Nicht unbestritten ist in diesem Zusammenhang der Wert der Nachschußpflicht nach § 105 GenG als Vertrauensgrundlage. Zwar wird das Genossenschaftsvermögen im Konkursfall aus den Vermögensmassen der Mitglieder formal aufgewertet. Wegen deren sozialer Struktur und der daraus resultierenden begrenzten finanziellen Leistungsfähigkeit [4] können sie jedoch nur einen im Vergleich mit dem hohen Kreditbedarf der Bauwirtschaft sehr geringen Haftungsbeitrag leisten. Dieser dürfte in der Praxis bei der Vergabe von Krediten kaum ins Gewicht fallen.

---

1) Vgl. Draheim, Die Raiffeisengenossenschaften a.a.O., S. 50 f. und: Investitionsfonds a.a.O., S. 579, 582.

2) Vgl. auch Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 79.

3) Vgl. z.B. §§ 53 ff., 98 ff., 105, 147, 148, 150 GenG.

4) Vgl. oben S. 3.

Will man die Kreditwürdigkeit der Genossenschaft darüber hinaus steigern, könnten eigene Bürgschaftsgenossenschaften ins Leben gerufen werden. Diese hätten die Aufgabe, sich für die Schulden von Primärgenossenschaften zu verbürgen.

Wohnungsgenossenschaften, die Eigentümer von bebauten oder unbebauten Grundstücken sind, haben die Möglichkeit, Kredite durch Beleihung von Altbauten und Grundstücken zu erlangen. Um den Mangel an erst- und zweitstelligen Hypotheken auszugleichen, wurde vorgeschlagen, Hypothekenbürgschaftsgenossenschaften ins Leben zu rufen, wie sie in der Schweiz bereits bestehen [1]. Diese hätten die Sicherung nachrangiger Hypotheken zu übernehmen.

Die Nachteile der Finanzierung aus Fremdmitteln des Kapitalmarktes wurden bereits dargelegt [2].

---

1) Vgl. Bodien, Hypotheken-Bürgschaftsgenossenschaften a.a.O., S. 200.

2) Vgl. oben S. 12 f.

2. K a p i t e l

Die Finanzierung durch Immobilienfonds

I. Der Begriff

Nach der heute geläufigen Auffassung sind Immobilienfonds Anlagefonds zur Finanzierung des Wohnungsbaus, deren - gegen Ausgabe von Anteilscheinen - aufgenommene Kapitalmittel für Rechnung der Anteilsinhaber in Immobilienwerten angelegt werden [1]. Dabei sind unter Immobilienwerten Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte, Beteiligungen an oder verbriefte (Hypotheken-)Forderungen gegen Immobiliengesellschaften und Wohnungsunternehmen zu verstehen.

Es kann dagegen bezweifelt werden, ob das Merkmal der Risikostreuung, wie es in § 1 Abs. 1 KAGG enthalten ist, ein wesensnotwendiges Begriffsmerkmal ist. Zwar mag eine stärkere Risikostreuung im Interesse der Sparer wünschenswert sein. Jedoch sind auch Immobilienfonds denkbar, deren Immobilienwerte allein aus einem Grundstück bestehen; eine echte Risikomischung im Sinne des § 1 KAGG wird dagegen erst dann vorhanden sein, wenn Mittel des Fonds in regional gestreuten Grundstücken oder in Bauländern unterschiedlicher Bebauungsqualität [2] angelegt werden [3]. Auf die Größe des Fonds kommt es in der Regel nicht an. Das kann sich ändern bei Fonds, die Eigentum über eine Bruchteilsgemeinschaft vermitteln, da Schwierigkeiten bei der Abgrenzung gegenüber der schlichten Bruchteilsgemeinschaft des bürgerlichen Rechts entstehen können.

---

1) Vgl. auch Immobilienfonds a.a.O., S. 7, unter Verweisung auf Art. 2, 31 des Schweizerischen Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 1.7.1966 (BBl. I S. 1162).

2) Z.B. Wohngebiet, Gewerbegebiet oder Mischgebiet.

3) Vgl. Immobilienfonds a.a.O., S. 7.

Insoweit ist darauf abzustellen, ob die Bruchteilseigentümer nur eine kleine Gruppe von Personen bilden, die sämtlich ins Grundbuch eingetragen werden können, ohne daß dieses unübersichtlich wird und ohne daß eine besondere Fondsverwaltung erforderlich ist. In diesem Falle erscheint es nicht berechtigt, von einem Immobilienfonds zu sprechen. Dieser setzt begrifflich vielmehr voraus, daß ein Grundvermögen in eine Vielzahl ideeller Anteile zerlegt und einem in der Regel nicht auf bestimmte Personen oder Personengruppen beschränkten oder zumindest einem jeder Person offenen Bevölkerungskreis zur Beteiligung angeboten wird [1], wobei die Höhe der Beteiligung nur durch die Stückelung der Anteile und den Höchstbetrag des benötigten Fondsvermögens begrenzt ist.

II. Die Grundtypen der Immobilienfonds

Man kann die Immobilienfonds zunächst danach unterscheiden, ob sie Anteile jeweils nur bis zur Höhe eines im voraus festgelegten Gesamtzeichnungsbetrags ausgeben - geschlossene Fonds - oder ob sie ohne Beschränkung auf einen bestimmten Gesamtzeichnungsbetrag Anteile in beliebiger Höhe zulassen - offene Fonds.

Im Hinblick auf die rechtliche Konstruktion haben sich nach den verschiedenen Zielsetzungen und Geschäftszwecken der Gründer drei verschiedene Typen herausgebildet [2] :

1. Bei den Immobilienfonds, deren Zertifikate Eigentum über eine Aktiengesellschaft vermitteln und die stets als offene Fonds konstruiert waren, bestand das Fondsvermögen bisher aus Aktien einer Grundstücks-Aktiengesellschaft und aus (Hypotheken-) Forderungen gegen diese Gesellschaft. Die Grundstücks-Aktiengesellschaft war rechtliche Eigentümerin der jeweiligen Grund-

---

1) Vgl. Immobilienfonds a.a.O., S. 8.

2) Vgl. dazu insbesondere Kruhme a.a.O.

stücke. Das Fondsvermögen wurde von einer Verwaltungsgesellschaft verwaltet, die meist ebenfalls in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft organisiert war. Sie nahm zusammen mit einer Treuhänderbank die Rechte der Zertifikatinhaber wahr [1].

Seit der Neufassung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften [2] sind auch die Immobilienfonds von der gesetzlichen Regelung erfaßt, soweit sie das bei ihnen eingelegte Geld nach dem Prinzip der Risikomischung anlegen und fortlaufend Zertifikate ausgeben [3]. Darunter fallen alle offenen Fonds [4]. Die Verwaltungsgesellschaften der in Deutschland nach dem o.b. Prinzip arbeitenden Fonds [5] werden daher seitdem wie Kapitalanlagegesellschaften behandelt.

Unter anderem bestimmt § 30 KAGG n.F., daß die zum Grundstücks-Sondervermögen gehörenden Gegenstände nur im Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft stehen dürfen. Eigentümer der Grundstücke kann daher nicht mehr die Grundstücks-Aktiengesellschaft, sondern nur noch die ursprüngliche Verwaltungsgesellschaft sein. Infolgedessen war eine völlige Umorganisation der Fonds nötig. Nach den maßgeblichen Übergangsvorschriften hatte die Kapitalanlagegesellschaft mit Beginn des Geschäftsjahrs, das nach dem 1. November 1969 folgte, die Grundstücksgesellschaft aufzulösen.

---

1) Vgl. dazu Reichel, Die rechtliche Konstruktion a.a.O., S. 1117; und: Immobilien-Anlagegesellschaften a.a.O., S. 548; Bergmann, Vermögensanlage a.a.O., S. 589 f.; Troll a.a.O., S. 41 f.; Eisenmenger a.a.O.,S.151-155; Mellerowicz a.a.O., S.179 ff.; Immobilienfonds a.a.O., S. 6; Henning, Begrenztes Anlagerisiko a.a.O., S. 722.

2) Vom 14.1.1970 (BGBl. I S. 127).

3) Vgl. § 1 Abs. 1 KAGG n.F.

4) Vgl. dazu Henning, Begrenztes Anlagerisiko a.a.O., S. 722.

5) Siehe die Aufstellung bei: Hausbesitz ohne Ärger a.a.O., S. 779 ff. (782).

Deren Vermögen wurde kraft Gesetzes auf die Kapitalanlagegesellschaft übertragen [1]. Damit entfällt die Möglichkeit, einen Fonds aus Aktien und dinglich gesicherten Forderungen zu bilden. Der eigentliche Zweck des Fonds, dem Sparer eine erhöhte Sicherung zu bieten, kann nicht mehr erreicht werden. Auch sind die neuen Verwaltungsgesellschaften den vielfältigen Beschränkungen des Kapitalanlagegesetzes n.F. unterworfen. Diese Fondskonstruktion soll daher aus der weiteren Untersuchung ausscheiden.

2. Bei den Immobilienfonds, deren Zertifikate Eigentum über eine Kommanditgesellschaft vermitteln, ist diese rechtlich Eigentümerin der Grundstücke. Die Zertifikate vermitteln einen Anteil an der Kommanditistenstellung. Die Anleger werden Inhaber einer Art von Unterkommanditanteil mit der Besonderheit, daß die "Kommanditisten", welche diese Stellung vermitteln, die eigentliche Kommanditbeteiligung nur als Treuhänder im eigenen Namen für Rechnung der Zertifikatinhaber innehaben. Die Zertifikatinhaber sind nach dem in § 11 Nr. 2 StAnpG zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsatz als Treugeber Mitgesellschafter und insoweit Miteigentümer der Grundstücke. Die Komplementäre dürfen keine Kapitaleinlage leisten, so daß das Gesellschaftsvermögen mit der Kommanditisteneinlage - dem Zertifikaterlös - identisch ist. Daher ist mit den Zertifikaten eine Beteiligung am gesamten Gesellschaftsvermögen verbunden [2].

---

1) Vgl. Henning, Begrenztes Anlagerisiko a.a.O., S. 722.

2) Vgl. dazu Immobilienfonds a.a.O., S. 6; Reichel, Die rechtliche Konstruktion a.a.O., S. 1117 - 1119 und Immobilien-Anlagegesellschaften a.a.O., S. 547; Troll a.a.O., S. 24 - 45; Bergmann a.a.O., S. 590 f.; Brenning a.a.O., S. 453 - 456; Baumann a.a.O., S. 19 - 21.

Die bekanntesten dieser Fonds sind die Immobiliengesellschaft Dr. Görtmüller KG, Düsseldorf (Hausbesitzbrief), die Allgemeine Immobilien-Fonds AG und Treuhand-Fonds 7 KG, die Rheinisch-Westfälische Immobilien-Anlagegesellschaft mbH, Düsseldorf (RWI-Fonds) [1], die Hanse Grundbesitz-Anlagen GmbH & Co KG, Hamburg (HGA-Fonds), die Württembergische Immobilien-GmbH, Stuttgart (WI-Fonds), schließlich die Grundvermögens-Gesellschaft Dr. Schnell KG (Objekt Eutin), Ahrensburg (Grundvermögensbriefe) [2].

Da diese Fonds bisher nur als geschlossene Fonds aufgelegt worden sind und nicht unter die Neufassung des Kapitalanlagegesetzes fallen [3], gibt es (noch) keine spezielle Grundlage für die Errichtung und Behandlung dieser Fonds. Es gelten die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, des Handelsrechts und der Steuergesetze.

Bei einer speziell gesetzlichen Regelung sollte eine ähnlich einschränkende Begrenzung wie im Falle der offenen Immobilienfonds im Interesse der Vielfalt der Kapitalanlageformen vermieden werden.

3. Ebenfalls als geschlossene Immobilienfonds sind diejenigen Fonds aufgelegt worden, deren Zertifikate Eigentum über eine Bruchteilsgemeinschaft vermitteln [4].

---

1) Deren Kapitalgeber sind die Rheinische Girozentrale und Landesbank für Westfalen, Girozentrale.

2) Vgl. die Übersicht bei: Hausbesitz ohne Ärger? a.a.O., S. 779 ff. (782).

3) Vgl. Henning, Begrenztes Anlagerisiko a.a.O., S. 722.

4) Vgl. dazu Immobilienfonds a.a.O., S. 5 f.

Die Zertifikatinhaber bilden eine Bruchteilsgemeinschaft, der das Eigentum an den vom Erlös der Zertifikate gekauften Grundstücken zusteht. Jedoch werden nicht die einzelnen Zertifikatinhaber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, sondern eine juristische Person als Treuhänderin. Diese verwaltet zugleich als Fondsträger den Grundbesitz und ist über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von den Zertifikatinhabern beauftragt, die Grundstücke in einer näher festgelegten Weise zu bebauen.

Die Ansprüche der Zertifikatinhaber auf Übertragung des bürgerlich-rechtlichen Miteigentums an dem Grundbesitz werden durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung gesichert. Werden Zertifikate unter einer bestimmten Höhe gezeichnet, so wird die Auflassungsvormerkung bisweilen zugunsten einer Treuhänderbank eingetragen. Diese tritt insoweit als Sammeltreuhänderin auf. Sie unterstützt darüberhinaus die Fondsverwaltung beim Verkauf der Zertifikate und nimmt den Verkaufserlös entgegen. [1)]

Dieser Konstruktion haben sich u.a. bedient: Die Deutsche Immobilien-Investierungs-AG, München/Berlin (DII-Fonds), die Bremer Treuhand-Gesellschaft für Wohnungsbau GmbH, Bremen (Haus- und Boden-Fonds) - die als erstes gemeinnütziges Wohnungsunternehmen die Funktion des Fondsträgers übernommen hat -, weiterhin die Deutsche Gesellschaft zur Förderung des Wohnungsbaus, gemeinnützige AG, Berlin (DeGeWo-Fonds) und die Bayerische Wohnungsgesellschaft AG, München (Bayerischer Immobilienfonds) [2)].

---

1) Vgl. auch Reichel, Immobilien-Anlagegesellschaften a.a.O., S. 546.

2) Vgl. die Übersicht bei: Hausbesitz ohne Ärger? a.a.O., S. 782.

III. Die Konstruktion der Immobilienfonds unter Mitwirkung von Genossenschaften

1. Allgemeine Voraussetzungen

Bisher beschränkte sich die Untersuchung auf die Beschreibung der schon bestehenden Immobilienfonds. Abgesehen von dem Immobilienfonds der Konsumgenossenschaften waren Genossenschaften an der Errichtung von Fonds bisher nicht beteiligt und haben sich dieser Konstruktion nicht zur Lösung speziell ihrer Finanzierungsprobleme bedient. Nunmehr ist zu prüfen, wie der Gedanke der Immobilienfondsfinanzierung speziell der Kapitalbeschaffung bei Genossenschaften nutzbar gemacht, insbesondere wie der volle wirtschaftliche Effekt diesen zugewandt werden kann. Dabei verengt sich das Spektrum der zu untersuchenden Genossenschaften im wesentlichen auf die Wohnungsgenossenschaften, wenn auch theoretisch andere Genossenschaftsparten ebenfalls Immobilienfonds errichten könnten. Einmal ist jedoch die Konstruktion der Immobilienfonds gerade auf die Finanzierung des Wohnungsbaus zugeschnitten. Zum anderen verfügen vor allem die Wohnungsgenossenschaften über den notwendigen Bestand von Grundstücken.

Für die Genossenschaften geht es darum, möglichst das gesamte von den Zertifikatinhabern aufgebrachte Kapital ihren Wohnungsbauprogrammen zuzuführen und möglichst auch eine Steigerung der Mitgliederzahlen einzuleiten. Das würde ebenfalls zu einem Kapitalzufluß - bei den Geschäftsguthaben - führen. Dabei liegt es für die Genossenschaften nahe, sich derjenigen Fondskonstruktionen zu bedienen, die von der gewerblichen Wohnungswirtschaft entwickelt worden sind.

Allerdings ist die besondere strukturelle und wirtschaftliche Situation der Genossenschaften zu berücksichtigen. Eine Vielzahl von ihnen ist nach Kapitalausstattung, Bautätigkeit und im Umfang der sonstigen wirtschaftlichen Betätigung

kleiner als vergleichbare erwerbswirtschaftliche Unternehmungen. Die Leitung vieler, vor allem kleinerer Genossenschaften arbeitet ehrenamtlich, ohne über eine umfassende wirtschaftliche Vorbildung zu verfügen. Es besteht daher die Gefahr, daß diese Vorstände den mit der Errichtung eines Immobilienfonds verbundenen organisatorischen Aufgaben [1] und den Anforderungen der Wirtschaftspraxis nicht gewachsen sind. Außerdem wird von Fachleuten eine Mindestkapitalausstattung der Fonds von 500 000,-- DM im Interesse eines soliden Geschäftsverkehrs für nötig gehalten [2].

Da kleinere Genossenschaften diesen Betrag nicht ohne weiteres erübrigen können, erscheint es wenig ratsam, daß einzelne Genossenschaften für sich allein einen Immobilienfonds gründen. Vielmehr sollten sich mehrere Genossenschaften entweder gemäß § 93a GenG zusammenschließen oder eine Zentrale ausgliedern, um gemeinsam mit vereinter Finanzkraft einen Fonds mit hauptamtlichem, für diese Aufgabe ausgebildeten Personal zu gründen und gemeinsame Bauvorhaben daraus zu finanzieren. Vorteilhaft kann es auch sein, wenn sich eine oder mehrere Wohnungsgenossenschaften an schon bestehenden Immobilienfonds beteiligen, da sie auf diese Weise eine eigene Organisation einsparen würden.

2. Immobilienfonds, deren Zertifikate Eigentum über eine Kommanditgesellschaft vermitteln (im folgenden: Fonds .)

a) Die rechtliche Konstruktion

Im Rahmen dieser Fondskonstruktion können die Genossenschaften die Funktion des persönlich haftenden Gesellschafters, der des Komplementärs, übernehmen [3]. Sie hätten, ohne eine Kapital-

---

1) Z.B. Rechtsbetreuung, Regelung von Grundbuchangelegenheiten, Treuhandwesen etc.

2) wie etwa in § 2 Abs. 2 KAGG n.F.; vgl. das Rundschreiben des Gesamtverbands der gemeinnützigen Wohnungsunternehmen, Köln, vom 24.3.1967, S. 6 f.

3) Siehe Abbildung 1), S. 50.

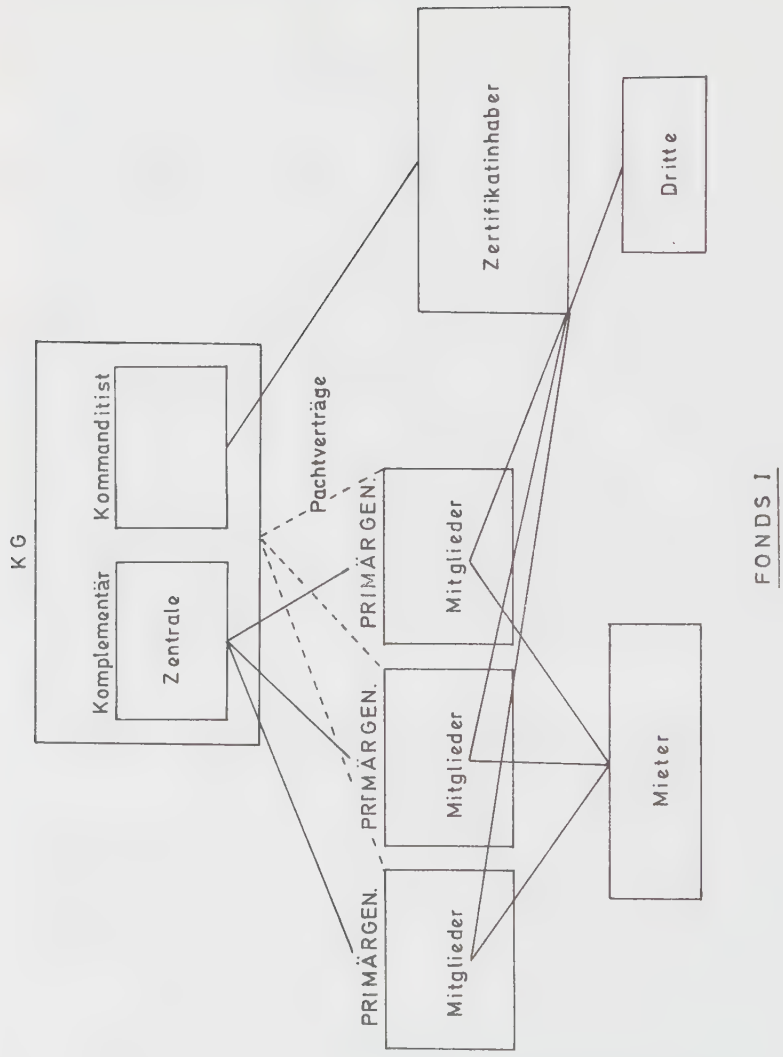
K G
Komplementär
Zentrale
Kommanditist
Pachtverträge
PRIMÄRGEN.
Mitglieder
PRIMÄRGEN.
Mitglieder
PRIMÄRGEN.
Mitglieder
Zertifikatinhaber
Dritte
Mieter
FONDS I

Abbildung 1)

einlage zu leisten, die Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft auszuüben. Für diese Stellung kommen zunächst eine oder mehrere Einzelgenossenschaften in Betracht. Wenn dagegen - wie oben vorgeschlagen wurde - mehrere Genossenschaften zum Zwecke der Fondsfinanzierung Zentralinstitute ausgliedern, so hätte die jeweilige Zentrale die Funktion des Komplementärs zu übernehmen, um die Primärgenossenschaften von den damit verbundenen Aufgaben zu entlasten.

Die Zentrale kann sowohl die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft, wie auch die einer Kapitalgesellschaft haben, wobei allerdings die Wahl einer kapitalistischen Rechtsform vorteilhafter sein kann: Einmal sind Kapitalgesellschaften aus der Sicht der Unternehmensführung beweglicher. Zum anderen wäre eine bessere Kapitalausstattung der Zentrale zu erwarten. Denn bei einer Kapitalgesellschaft besteht für die Gesellschafter ein stärkerer Anreiz, sich mit mehr Kapital zu beteiligen als bei einer eingetragenen Genossenschaft, da die Mitwirkungsrechte bei der Aktiengesellschaft und der GmbH entscheidend von der Höhe der kapitalmäßigen Beteiligung abhängen [1]. Anders ist es bei der eingetragenen Genossenschaft, in deren Mitgliederversammlung das Stimmrecht unabhängig von der Anzahl der übernommenen Geschäftsanteile nach Köpfen ausgeübt wird, so daß entsprechende Anreize fehlen. Auch § 43 Abs. 3 des Entwurfs zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes [2] ändert diese Nachteile der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft nicht grundlegend. Zwar ist dort die Einführung eines Mehrstimmrechts durch die jeweiligen Satzungen vorgesehen; jedoch würde die Begrenzung auf höchstens drei Stimmen einen wirklich bestimmenden Einfluß einzelner Mitglieder in der Mitgliederversammlung der Zentralgenossenschaft verhindern. Ein Anreiz, die Zentrale mit genügend Kapital auszustatten, fehlt damit. Dies wird insbesondere dann als erheblicher Nachteil empfunden werden, wenn die Zentrale weitere, über die Komplementärstellung

---

1) Vgl. § 47 Abs. 1,2 GmbHG; § 134 AktG.

2) a.a.O.

hinausgehende Aufgaben erfüllen soll und z.B. im Rahmen der Werbung oder Bauberatung etc. größere Geldmittel einsetzen müßte.

Besonders häufig ist gegenwärtig die Rechtsform der GmbH & Co KG anzutreffen. Die Stellung des unbeschränkt haftenden Gesellschafters hat in diesem Falle eine ihrer rechtlichen Ausgestaltung nach beschränkt haftende Gesellschaft inne.

Da die GmbH & Co KG eine Mischform zwischen einer Kapitalgesellschaft und einer Personalgesellschaft ist, ergeben sich gegenüber einer reinen Gesellschaftsform Vorteile, vor allem bei der Kapitalbeschaffung, bei der Haftungsbeschränkung und bei der Gesellschafter-Nachfolge.

Die GmbH & Co KG zeichnet sich in der Unternehmensführung durch eine besondere Elastizität aus und erscheint bisweilen als Mittel, um die Interessen des Unternehmens und die der Gesellschafter an den Gewinnen in Einklang zu bringen [1].

Unter der Voraussetzung, daß die Kommanditisten zugleich Gesellschafter der GmbH sind, kann die Konstruktion dazu dienen, die Doppelbesteuerung bei der Gewinnentnahme zu umgehen. Fällt der Gewinn bei der GmbH an, so wird er mit der Körperschaftsteuer und bei Entnahmen nochmals mit der Einkommensteuer bei den einzelnen Gesellschaftern belastet. Diese Doppelbelastung kann zwar auch durch die Aufspaltung des einheitlichen Unternehmens in zwei Gesellschaften - etwa in eine Produktions-Personalgesellschaft und in eine Vertriebs-GmbH [2] - vermieden werden [3]. Gegenüber der Betriebsaufspaltung hat die Inanspruchnahme einer GmbH & Co KG jedoch den Vorteil, daß die Unternehmenseinheit auch formell gewahrt bleibt [4]. Eine

---

1) Vgl. Hesselmann a.a.O., S. 55, der dieses Ergebnis anhand einer vergleichenden Untersuchung von 15 Fällen, in denen eine GmbH & Co gegründet wird, herleitet.
2) Beispiel von Hesselmann a.a.O., S. 70 Fußn. 136.
3) Der Unternehmensgewinn verteilt sich dadurch auf zwei Gesellschaften; die bei der GmbH ausgewiesenen Gewinne verbleiben dem Unternehmen als Reserve, die Erträge der Personalgesellschaft werden von der Körperschaftsteuer nicht erfaßt und können von den Gesellschaftern entnommen werden.
4) Zur Vermeidung der Doppelbesteuerung vgl. auch Bühler a.a.O., S. 189 ff.

optimale Verteilung der Gewinne zwischen der GmbH und den Kommanditisten ist allerdings insoweit unzulässig, als sich die Gewinne der GmbH & Co KG nicht beliebig von der GmbH auf die Kommanditisten und umgekehrt verschieben lassen [1]. Maßgeblich dafür sind steuerrechtliche Gesichtspunkte, die für die Wirtschaftlichkeit der zu wählenden Rechtsform mit von erheblicher Bedeutung und daher bei der vertraglichen Ausgestaltung der Aufgaben, Rechte und Pflichten im Rahmen der Beteiligungsverhältnisse entsprechend zu berücksichtigen sind: Damit der Gewinnverteilungsschlüssel steuerlich anerkannt wird, muß er nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs [2] der Kapitaleinlage und der Tätigkeit des betreffenden Gesellschafters in der Gesellschaft hinreichend Rechnung tragen. Dieser Umstand verhindert es regelmäßig auch, die Gewinnaufspaltung in optimaler Weise zur Abschwächung der Einkommensteuerprogression zu verwenden. Immer dann, wenn der Einkommensteuersatz über dem Körperschaftsteuersatz liegt, ist es vorteilhafter, den Gewinn bei der GmbH auszuweisen. Bei einem Körperschaftsteuersatz von 51 % liegt der Schnittpunkt der Körperschaftsteuer und der Einkommensteuer bei rd. 600 000,-- DM pro Person [3]. Er liegt demnach so hoch, daß er von der Mehrzahl der Unternehmen, vor allem wenn sie aus mehreren Gesellschaftern bestehen, nicht erreicht wird.

Insgesamt dürfte die Verwendung der Rechtsform der GmbH & Co KG eine wirtschaftlich interessante Lösung darstellen [4]. Um die Vorteile vollständig auszunutzen, empfiehlt es sich, die Kommanditisten ebenfalls von genossenschaftlicher Seite zu stellen. Insbesondere könnten Funktionäre der Zentrale - z.B. Geschäftsführer, Mitglieder des Aufsichtsrats oder sonstige Gesellschafter der GmbH - eingesetzt

---

1) Vgl. Hesselmann a.a.O., S. 71.

2) Vgl. z.B. Urteil vom 22. 8.1951 - IV 246/50 S (BStBl. III S. 181 - 183).

3) Vgl. Hesselmann a.a.O., S. 70.

4) Grundsätzliche Einwendungen bestehen auch nicht gegen die Verwendung der Rechtsform einer e.GmbH & Co KG.

werden. Im Innenverhältnis sollten diese von allen mit der Kommanditistenstellung verbundenen Risiken durch die Primärgenossenschaften freigestellt werden. Ihre Aufgabe im Rahmen des Fondsprojekts besteht darin, die Zertifikate auszugeben und den Erlös als Kapitaleinlage in die Kommanditgesellschaft einzubringen. Außerdem haben sie als Treuhänder für die Zertifikatinhaber aufzutreten.

Die Kommanditgesellschaft hat die Aufgabe, mit der Kapitaleinlage und zusätzlich aufgenommenen Fremdmitteln Baugelände zu erwerben, dieses zu bebauen und nach Fertigstellung der Wohnungen zu vermieten. Wenn nach dem Inhalt des zwischen der Kommanditgesellschaft und dem Wohnungsinteressenten geschlossenen Vertrags nicht der Gebrauch an den Wohnungen, sondern die Mieteinnahmen für diese im Vordergrund stehen, so dürfte es sich in der Regel nicht um einen Mietvertrag, sondern um einen Pachtvertrag handeln. Denn der Mietvertrag gewährt seiner Natur nach nur den Gebrauch einer Sache, während der Bezug der Früchte - zu denen auch der Mietzins eines Mietshauses gehört [1] - nur durch einen Pachtvertrag ermöglicht wird [2]. Daher wird regelmäßig dann ein Pachtverhältnis gewollt sein, wenn ganze Wohnblocks an Dritte zu dem Zweck abgegeben werden, daß diese die Wohnungen an einen bestimmten Personenkreis weitergeben, um aus den so erzielten Mieteinnahmen ihren Geschäftsbetrieb zu finanzieren.

Als Pächter sollten die Primärgenossenschaften gewonnen werden. Wegen § 596 Abs.1, § 549 Abs.1 BGB müßte ihnen im Pachtvertrag generell gestattet werden, die Wohnungen an ihre Mitglieder weiterzugeben [3]. Die Primärgenossenschaften werden ihre eigene Bautätigkeit im wesentlichen beibehalten. Mit Hilfe der von der Kommanditgesellschaft errichteten Wohnungen könnten sie ihre Mitglieder wesentlich schneller mit Wohnungen versorgen. Sollte kein so großer Bedarf an Wohnungen bestehen, könnten sie die eigene Bautätigkeit einschränken.

---

1) Vgl. Palandt a.a.O., § 99 Anm. 2b m.w.N.
2) Vgl. Palandt a.a.O., Vor § 535 Anm. 2a.
3) Vgl. Palandt a.a.O., § 596 Anm. 1.

Eine Übertragung des Wohnungseigentums auf die Genossenschaften ist ausgeschlossen, da die Zertifikate Eigentum an Grundstücken vermitteln sollen und da die Kommanditisten-Treuhänder über die Grundstücke nicht eigenständig verfügen dürfen.

Die Zertifikate könnten zunächst den Mitgliedern der Primärgenossenschaften angeboten werden. Dies könnte unter Umständen die Attraktivität der Mitgliedschaft erhöhen, zumal wenn die Zertifikate den Genossen zu einem Vorzugspreis angeboten werden würden. Wegen der begrenzten Leistungsfähigkeit der Genossenschaftsmitglieder ist allerdings zu befürchten, daß das erforderliche Zertifikatkapital von diesen allein nicht aufgebracht werden wird. Ähnlich wie beim Förderkapital - § 125 Abs. 3 des Vorentwurfs [1] - müßte der Teil der Zertifikate, der von den Mitgliedern nicht übernommen wird, Dritten zur Zeichnung angeboten werden.

Die Nachfrage nach den Zertifikaten wird hauptsächlich von der Rendite abhängen, die sich mit ihnen erzielen läßt. Die Zertifikate gewähren bei den bestehenden Fonds dieses Typs eine Ausschüttung in Höhe von durchschnittlich 5 % auf den Nennbetrag pro Jahr, die im wesentlichen aus den Pachteinnahmen der Kommanditgesellschaft herrühren. Dabei wird der Pachtzins so berechnet, daß die o.a. Dividende kalkuliert werden kann [2].

Außerdem tilgt die Kommanditgesellschaft aus ihren Einnahmen die Fremdverbindlichkeiten, mit denen die Grundstücke belastet sind. Nach Angaben der Fonds haben die Darlehen eine Laufzeit von 30 bis 35 Jahren [3]. Die Objekte sind daher nach

---

1) Vgl. Gegenüberstellung a.a.O.

2) Eine andere Frage ist es, ob in diesem Zusammenhang ein Zielkonflikt zwischen billigen Wohnungen und hoher Dividende entsteht. Darauf ist unter Würdigung aller Umstände weiter unten einzugehen.

3) Vgl. bei Bergmann a.a.O., S. 590, Spalte 3.

höchstens 40 Jahren entschuldet [1]. Der daraus entstehende Wertzuwachs des Gesellschaftsvermögens führt zu einer Wertsteigerung der Zertifikate. Da die Fonds die Rücknahme der Zertifikate in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen stets ausgeschlossen haben [2], können die Wertsteigerungen nur durch Veräußerung an Dritte realisiert werden.

Die Zertifikate sind Rekta-Papiere, deren Eigentum nach § 952 BGB übergeht [3]. Die Parteien müßten sich daher über den Übergang der Forderungen einigen [4].

Da beim Verkauf ein dem tatsächlichen Wert entsprechender Preis erzielt werden soll, machen die Wertsteigerungen eine jährliche Neubewertung des Gesellschaftsvermögens notwendig. Ähnlich wie bei der Einführung des Förderkapitals [5] könnte zunächst auf freiwilliger Basis jährlich eine Nebenrechnung zur Handelsbilanz aufgestellt werden, für welche die Bewertungsgrundsätze der §§ 149, 151 bis 156 AktG gelten sollen. Die offenen und verdeckten Rücklagen dürfen in dieser Nebenrechnung nicht angesetzt werden, so daß sich durch einen Vergleich der Handelsbilanz mit der Nebenrechnung die Summe der Wertsteigerungen ermitteln läßt. Diese wäre den Zertifikatinhabern bekannt zu machen.

Da die Zertifikatinhaber sich zu einem gemeinsamen Zweck, der Beteiligung an der Kommanditgesellschaft verbunden haben, bilden sie eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB, so daß nach § 719 BGB die Verfügung über

---

1) Davon geht auch Reichel, Immobilien-Anlagegesellschaften a.a.O., S. 546, aus.

2) Diese Konstruktion entspricht insoweit der des Förderkapitals - §§ 123 ff. des Vorentwurfs in: Gegenüberstellung a.a.O.

3) Vgl. Brenning a.a.O., S. 42.

4) Vgl. § 398 BGB.

5) Vgl. § 124a Abs. 2 Satz 4, Abs. 3 des Vorentwurfs in: Gegenüberstellung a.a.O.

einen Anteil in der Regel schwebend unwirksam wäre [1]. Die Schwierigkeit kann dadurch umgangen werden, daß in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Klausel aufgenommen wird, wonach sich jeder Zertifikaterwerber damit einverstanden erklärt, daß die Rechte anderer Inhaber auf Dritte übergehen können [2]. Mit dieser Regelung wird ein Mindestmaß an Fungibilität erreicht.

Einer wirklichen Fungibilität steht allerdings die Tatsache im Wege, daß ein echter Markt für diese Papiere (noch) nicht besteht. Immerhin hat sich im Falle der Dr. Görtmüller KG die Deutsche Pfandbriefanstalt bereiterklärt, beim Verkauf der Hausbesitzbriefe beratend mitzuwirken.

b) Steuerliche Gesichtspunkte

Zu unterscheiden ist zwischen Belastungen oder Vergünstigungen steuerrechtlicher Art, die den Fondsträger und solchen, welche die Zertifikatinhaber betreffen. Es sollen dabei nur die wichtigsten Steuerarten berücksichtigt werden, insbesondere die Körperschaftsteuer, die Vermögensteuer, die Einkommensteuer, die Gewerbesteuer, die Umsatzsteuer und die Grunderwerbsteuer.

Die Kommanditgesellschaft als Personalgesellschaft unterliegt nicht der Körperschaftsteuer. Die Einkommen werden direkt bei den Gesellschaftern versteuert. Steuerpflichtig ist insoweit aber nicht der Kommanditist, sondern die einzelnen Zertifikatinhaber. Nach § 11 Ziff. 2 StAnpG werden "Wirtschaftsgüter, die durch einen Treuhänder zu treuen Händen für einen Treugeber erworben worden sind, .. dem Treugeber zugerechnet". Das für die Kommanditgesellschaft zuständige Finanzamt stellt das Geschäftsergebnis gemäß § 215 Abs. 2 AO einheitlich fest, das sodann auf die Zertifikatinhaber dem jeweiligen Anteil

---

1) Vgl. Palandt a.a.O., § 719 Anm. 2b.

2) Vgl. § 6 Abs. 3 der Allgemeinen Bedingungen für den Hausbesitzbrief.

entsprechend als Einkommensteuer aufgeteilt wird. Diese Feststellung ist für das Finanzamt des jeweiligen Zertifikatinhabers bindend. Daher sind von jedem nicht die Barausschüttungen, sondern sein so errechneter Anteil an der Kommanditgesellschaft zu versteuern.

Da die Zertifikatinhaber als Treugeber im Innenverhältnis Träger der Kommanditgesellschaft und nach dem in § 11 Nr. 2 StAnpG enthaltenen Rechtsgrundsatz steuerrechtlich als Bauherren anzusehen sind, kommen ihnen die Abschreibungsvergünstigungen der §§ 7, 7b EStG zugute. Das führt in der Regel dazu, daß die Mindestausschüttung von 5 % in den ersten zwölf Jahren steuerfrei bleibt [1]. Da zu den Abschreibungskosten auch das investierte Fremdkapital gehört [2], kann sich bei der Kommanditgesellschaft durch die Schuldbelastung ein Negativkonto ergeben. Dieses kann nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs [3] ebenso wie der Gewinn anteilig auf die Zertifikatinhaber verteilt und dort mit deren positiven Einkünften verrechnet werden, wenn eine entsprechende bürgerlich-rechtliche Regelung zwischen der Kommanditgesellschaft und den Zertifikatinhabern vorliegt. Das steuerpflichtige Einkommen wird dadurch vermindert. Vor allem bei hohen Einkommen können erhebliche Steuervorteile entstehen.

Wenn die Kommanditgesellschaft den Grundbesitz zwar erwirbt und bebaut, anschließend aber als Ganzes verpachtet, kann sie

---

1) Vgl. Brenning a.a.O., S. 455.

2) Nach § 7 Abs. 4 EStG sind "Herstellungs- oder Anschaffungskosten" abzugsfähig, worunter auch Fremdkapital fällt.

3) Urteil vom 13. 3.1964 - VI 343/61 (BStBl. III S. 359 - 361 = DStR 1964 S. 356 f. Nr. 282); vom 25. 8.1966 - IV 307/65 (BStBl. 1967 III S. 69); vom 15.12.1966 - IV 232/64 (BStBl. 1967 III S. 309 f.); vgl. auch Weissenborn a.a.O., S. 501 f.

gewerbesteuerfrei sein, sofern sie sich nicht sonstwie gewerblich betätigt. Sie übt keine gewerbliche Tätigkeit aus, sondern beschränkt sich - wenn die Bautätigkeit beendet ist - auf Vermögensverwaltung [1]. Insbesondere begründet die Kommanditgesellschaft nicht allein schon wegen ihrer Rechtsform einen Gewerbebetrieb, wie aus der unterschiedlichen Behandlung der Kapitalgesellschaften und der Personalgesellschaften in § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GewStG hervorgeht : Während Kapitalgesellschaften und eingetragene Genossenschaften ein Gewerbebetrieb sein müssen, macht das Gesetz dies bei Personalgesellschaften davon abhängig, ob die Gesellschafter als "Mitunternehmer" des Gewerbebetriebs anzusehen sind.

Ein Widerspruch zu §§ 105, 161 HGB besteht nicht, da der Begriff des Handelsgewerbes im Sinne des Handelsgesetzbuchs und der des Gewerbebetriebs im steuerrechtlichen Sinne nicht völlig identisch sind [2]. Als Handelsgewerbe im Sinne der §§ 105, 161 HGB wird jede auf Gewinnerzielung gerichtete Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr verstanden [3]. Daher fällt auch die Vermietung oder Verpachtung von Wohnhäusern darunter, soweit Art und Umfang des Geschäfts einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb im Sinne des § 2 HGB erfordern. Die Kommanditgesellschaft ist daher auch zu Recht im Handelsregister eingetragen.

Dagegen stellen die Vermietung und Verpachtung von Wohnungen in steuerrechtlicher Hinsicht wegen der einkommensteuerlichen Eingruppierung nach Einkunftsquellen selbst dann kein Einkommen aus "Gewerbebetrieb" dar,wenn ein kaufmännisch eingerichteter

---

1) Vgl. BFH vom 20.11.1962 - I 283/61 U (BStBl. 1963 III S. 58 f.).

2) Vgl. BFH, Urteil vom 9. 7.1964 - IV 427/62 U (BStBl. 1964 III S. 530 (532)).

3) Vgl. Fußn. 2).

Geschäftsbetrieb benötigt wird [1]. Die Kommanditgesellschaft hat daher - obwohl sie ein Handelsgewerbe nach § 161 HGB betreibt - nur Einkünfte aus "Vermietung und Verpachtung"[2]. Sie ist in diesem Fall gewerbesteuerfrei [3].

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Komplementär eine Kapitalgesellschaft oder eine eingetragene Genossenschaft ist, wenn also z.B. die Konstruktion der GmbH & Co KG gewählt wird. Zwar besteht die Regel, daß die GmbH & Co KG auch steuerlich wie eine Kommanditgesellschaft zu behandeln ist, sofern sie von ihren Gründern als solche gewollt ist [4]. Insbesondere kann nicht schon deswegen ein Mißbrauch von Formen- und Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 6 StAnpG vorliegen, weil die Rechtsform in der Absicht gewählt wurde, Steuern zu sparen [5]. Abweichend von diesem Grundsatz hat der Bundesfinanzhof [6] jedoch entschieden, daß eine GmbH & Co KG jedenfalls dann ausschließlich gewerbliche Einkünfte hat und ihre Tätigkeit stets ein Gewerbebetrieb ist, wenn die GmbH alleiniger persönlich haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft ist. In die-

---

1) Vgl. BFH, Urteil vom 9.7.1964 - IV 427/62 U (BStBl. 1964 III S. 530 (532).

2) Vgl. BFH, Urteil vom 20.11.1962 - 283/61 U (in: BStBl. 1963 III S. 58 f.).

3) Vgl. auch Troll a.a.O., S. 43; Brenning a.a.O., S. 455.

4) Vgl. Hesselmann a.a.O., S. 19 ff., 148 f.

5) Vgl. Hesselmann a.a.O., S.19. Dies geht auch schon aus dem Urteil des BFH vom 22.8.1951 - IV 246/50 S (BStBl. III S. 181 - 183) hervor, wo es heißt (183), daß die steuerliche Beurteilung sich in der Regel auf der Rechtsgestaltung aufbaut, wie sie sich aus dem bürgerlichen Recht ergibt. Auch könne es "bei der einschneidenden Natur der Steuertarife ..... dem Steuerpflichtigen nicht verwehrt werden, die für ihn günstigste rechtliche Form zu wählen".

6) Urteil vom 17.3.1966 - IV 233, 234/65 (BStBl. 1966 III S. 171 - 173), Besprechung in BB 1966 S. 395 f. mit einer Anmerkung von Grieger.

sem Fall gibt die GmbH [1] der GmbH & Co KG wirtschaftlich das Gepräge, so daß es sich rechtfertigt, die Gesamtunternehmung - gewerbesteuerrechtlich - wie eine GmbH zu besteuern [2] [3]. Ob deshalb - trotz der wirtschaftlichen Vorzüge - auf die Wahl der Rechtsform der GmbH & Co KG verzichtet werden sollte, läßt sich nicht generell beantworten. Vielmehr müssen die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls unter Berücksichtigung aller Umstände gegeneinander abgewogen werden.

Bei der Veranlagung zur Vermögensteuer wird das Vermögen der Kommanditgesellschaft gemäß § 214 Ziff. 1, § 215 Abs. 1 AO einheitlich ermittelt und auf die Zertifikatinhaber gemäß § 216 Abs. 1 Ziff. 2 AO aufgeteilt. Da gegenwärtig die Einheitswerte für Grundstücke noch relativ niedrig sind, andererseits hohe Hypothekenverbindlichkeiten als Lasten gegenüberstehen, wird regelmäßig ein negativer Wert errechnet werden. Dieser wird bei Ermittlung des Gesamtvermögens der einzelnen Zertifikatinhaber als Schuldposten berücksichtigt.

Da die Zertifikate kein Eigentum an Grundstücken vermitteln, sondern steuerlich wie Unterkommanditanteile zu behandeln sind[4], unterliegt deren Veräußerung nicht der Grunderwerbsteuer [5]. Dieser Umstand kommt der Fungibilität der Zertifikate zugute.

---

1) Diese kann nach § 5 Abs. 2 KStG, § 16 KStDV nur gewerbliche Einkünfte haben und führt nach § 2 Abs. 2 Ziff. 2 GewStG stets einen Gewerbebetrieb.

2) Zustimmend Grieger in der Anmerkung BB 1966 S. 396; vgl. auch Littmann a.a.O., S. 116 ff. m.w.N.

3) Diese Auffassung wird in der Literatur bekämpft: Die GmbH & Co KG dürfe nicht anders als andere Personalgesellschaften behandelt werden, weil darin ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG liege (Herrmann-Heuer a.a.O., Bd. III § 15 Anm. 29 b m.w.N; Hesselmann a.a.O., S. 174).

4) Vgl. Troll a.a.O., S. 44; Brenning a.a.O., S. 42.

5) Nur der Ersterwerb durch die Kommanditgesellschaft ist steuerpflichtig, vgl. Troll a.a.O., S. 44.

Andererseits können die Abschreibungsvergünstigungen nur vom Ersterwerber in Anspruch genommen werden [1], da nur dieser als Bauherr anzusehen ist [2].

Die Kommanditgesellschaft selbst bleibt - abgesehen von der einmaligen Grunderwerbsteuer und ggf. der Gewerbesteuer - steuerfrei.

c) Die wirtschaftliche Attraktivität der Zertifikate

Die Zertifikate ermöglichen keine Substanzwertbeteiligung im eigentlichen Sinne. Da sie nur einen Anteil am Vermögen der Kommanditgesellschaft verbriefen, sind ihre Wertsteigerungen nicht Ausdruck des Wertzuwachses unmittelbar des Genossenschaftsvermögens, sondern des - davon zu trennenden - Gesellschaftsvermögens.

Die Sparer werden ebenfalls nicht optimal dinglich gesichert, da sie nicht als Eigentümer des Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen sind. Sie sind aber als Treugeber im Innenverhältnis zumindest wie Kommanditisten anzusehen, sind damit Inhaber des Gesellschaftsvermögens [3] und wirtschaftliche Eigentümer [4] der Grundstücke.

Die Rentabilität der Papiere wird zunächst von der jährlichen Ausschüttung bestimmt. Die Höhe der Dividende mag zwar in einer Hochzinskonjunktur gering erscheinen. Jedoch stellt eine Hochzinskonjunktur im Wirtschaftsablauf einen Ausnahmefall dar, der regelmäßig von Zeiten mit niedrigerer Zinserwartung abgelöst wird.

---

1) Vgl. BFH, Urteil vom 14.1.1958 - I 159/57 U (BStBl. III S. 75 - 77); vom 25.11.1965 - IV 185/65 S (BStBl. 1966 III S. 90 f.).

2) Vgl. BFH vom 27.6.1968 - IV R 226/66 (BStBl. II S. 714).

3) Vgl. § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 2 HGB, § 718 Abs. 1 BGB.

4) Vgl. § 11 Ziff. 2 StAnpG.

Darüberhinaus liegt der besondere Wert der Zertifikate in den Abschreibungsvergünstigungen. Diese werden vor allem bei Sparern mit hohen sonstigen Einkünften zu erheblichen Steuereinsparungen führen. Der Nachteil, daß die Zertifikatinhaber der Einkommensteuer und der Vermögensteuer unterliegen, kehrt sich damit in den ersten zwölf Jahren nach Zeichnung der Zertifikate in einen Vorteil um. Nach Ablauf dieses Zeitraums fällt diese Vergünstigung zwar fort, dieser Wegfall kann aber durch die Wertsteigerungen des Gesellschaftsvermögens, die sich nach der Tilgung der Fremdverbindlichkeiten noch erhöhen, mit der Zeit ausgeglichen werden.

Die Wertsteigerungen der Zertifikate wirken sich im übrigen von Beginn an auf deren Rentabilität aus. Sie können zwar - abgesehen vom Fall der Liquidation der Kommanditgesellschaft [1] - nicht durch Rückgabe der Zertifikate an die Kommanditgesellschaft, wohl aber durch Verkauf an Dritte realisiert werden.

Allerdings ist die Fungibilität während des Abschreibungszeitraums praktisch eingeschränkt, weil die Abschreibungsvergünstigungen dem Zweiterwerber nicht mehr zugute kommen [2]. Die Zertifikate eignen sich aber ohnehin nur als langfristige Vermögensanlage.

Im übrigen sind die Anteile frei verkäuflich. Wie die Praxis bei den GmbH-Anteilen zeigt [3], hängt die Verwertbarkeit der Anteile nicht ausschließlich von ihrer Börsenfähigkeit ab. Auch der Verkauf der Immobilienzertifikate ist bisher nicht auf Schwierigkeiten gestoßen. Deren Attraktivität dürfte zum Teil auch darauf beruhen, daß viele Sparer außerordentlich hohe Sparopfer zu bringen bereit sind, wenn sie als Gegenwert eine wertbeständige Geldanlage, insbesondere Grundbesitz oder wenigstens wirtschaftliches Eigentum an Grundstücken erlangen. Immerhin wäre es wünschenswert, daß die beteiligten Genossen-

---

1) Dann bestimmen sich die Auseinandersetzungsansprüche nach § 161 Abs. 2, §§ 155, 158 HGB.

2) Vgl. oben S.62.

3) Vgl. Riebandt-Korfmacher, Förderkapital a.a.O., S. 509 (512).

schaften oder bestimmte Kreditinstitute die Zertifikatinhaber beim Verkauf beraten oder den Verkauf der Anteile vermitteln.

Insgesamt erscheinen die Immobilienzertifikate nicht weniger attraktiv als die in §§ 123 ff. des Vorentwurfs [1] geplanten Förderkapitalanteile. Die Dividendenhöhe und die Wertsteigerungen dürften etwa denen der Förderkapitalanteile entsprechen oder nur geringfügig niedriger liegen. Berücksichtigt man darüberhinaus die Abschreibungsvergünstigungen nach §§7, 7b EStG, so dürften die Immobilienzertifikate den Sparern größere materielle Vorteile bieten als die Förderkapitalanteile.

d) Der wirtschaftliche Wert der Finanzierung über Fonds I

Der wirtschaftliche Wert der Fondsfinanzierung könnte zunächst von einem Zielkonflikt bei den Wohnungsunternehmen beeinträchtigt werden. Soweit die Zertifikatinhaber Mitglieder der Wohnungsgenossenschaften sind, sind sie als Wohnungssuchende an niedrigen Wohnungsmieten interessiert. Hingegen erstreben sie als Zertifikatinhaber vor allem eine hohe Dividende und haben ein Interesse daran, die auf dem Grundbesitz ruhenden Lasten möglichst schnell zu tilgen.

Es kann indes bezweifelt werden, ob dieser Interessenkonflikt sich auf die Höhe der Mieten oder die der Dividenden auswirkt. Zu den vorrangigen Zielen der Kommanditgesellschaft als einem Wirtschaftsunternehmen gehört es nicht, für niedrige Wohnungsmieten zu sorgen. Soweit die Mieten für den nicht staatlich geförderten Wohnungsbau in Frage stehen, richtet sich deren Höhe im wesentlichen nach dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage auf dem Wohnungsmarkt. Die Kommanditgesellschaft wird

---

1) Vgl. in Gegenüberstellung a.a.O.

daher die Wohnungen in jedem Fall zu einem marktgerechten Pachtzins an die Primärgenossenschaften abgeben. Diese wiederum werden einen entsprechenden - marktgerechten - Mietzins fordern. Es kann daher auch dahinstehen, ob die Zertifikatinhaber direkt oder indirekt überhaupt die Möglichkeit haben, die Höhe der Dividenden und die der Leistungen zur Tilgung von Fremdverbindlichkeiten zu beeinflussen. Nach allem wird somit die Fondsfinanzierung nicht oder nur unwesentlich zur Verbilligung der Wohnungsmieten beitragen [1].

Dieser Umstand gestattet allerdings noch keine Aussage darüber, ob das Fondskapital als günstiges Finanzierungsmittel anzusehen ist. Obwohl es sich bei dem Fondskapital um Eigenkapital handelt - es löst keinerlei Rückforderungsansprüche Dritter aus - verursacht es wegen der 5%igen Ausschüttung an die Zertifikatinhaber Kosten. Es unterscheidet sich darin nicht von dem geplanten Förderkapital. Gleichwohl erfüllt das Fondskapital die Voraussetzungen eines günstigen Finanzierungsmittels. Einmal steht es der Kommanditgesellschaft langfristig und in gleichbleibender Höhe zur Verfügung. Zum anderen liegt die Kostenbelastung unter dem bei Fremdmitteln üblichen Zinssatz. Zwar wachsen die Wertsteigerungen des Vermögens - im Unterschied zur Finanzierung über Fremdmittel - nicht der Genossenschaft, sondern den Zertifikatinhabern zu. Jedoch wird sich die geringe Kostenbelastung für die Finanzierung der laufenden Bauvorhaben günstiger auswirken, als die unbestimmte Aussicht, später einmal an den Wertsteigerungen zu partizipieren. Diese Aussicht hat zum Zeitpunkt des Kapitalbedarfs keinen konkreten, zu Finanzierungszwecken einsetzbaren Vermögenswert, wobei im übrigen auch recht zweifelhaft ist, ob und wie die Genossenschaft die Wertsteigerungen ihres eigenen Vermögens - wenn nicht durch den "Verkauf" von Zertifikaten - überhaupt realisieren kann.

---

1) Dieses Ziel dürfte sich allein durch eine Senkung der Baukosten, insbesondere durch eine Verminderung der Kreditzinsen erreichen lassen.

Auch der Nachteil, daß das Fondskapital nicht unmittelbar den Primärgenossenschaften, sondern der Kommanditgesellschaft zufließt, fällt kaum ins Gewicht. Das Kapital kann zwar nicht zur Betriebsfinanzierung und zur Verbesserung der Eigenkapitalbasis bei den Genossenschaften eingesetzt werden - wie es etwa bei der Einführung eines Förderkapitals geplant war. Auch können Wohnungen nicht für den eigenen Bestand der Genossenschaften gebaut werden. Jedoch dient das Kapital letztlich der Versorgung der Genossenschaftsmitglieder mit Wohnraum. Selbst wenn die Mietbelastung im Einzelfall nicht sinkt, so kann doch die Genossenschaft wesentlich mehr Mitglieder erheblich schneller mit einer Wohnung versorgen. Das Fondskapital kann daher die Leistungsfähigkeit der Wohnungsgenossenschaften verbessern; diese können ihren Förderungsauftrag besser als bisher erfüllen.

Die Leistungsfähigkeit des Fonds I hat die Dr. Görtmüller KG gezeigt. Mit ihrer Hilfe - wenn auch ohne die Beteiligung von Genossenschaften - ist ein Teil der Wohnanlage Hamburg-West mit einer Gesamtwohnfläche von 46 000 qm sowie ein Einkaufszentrum mit rd. 30 000 qm Nutzfläche errichtet worden. Über 2 000 Anteilzeichner haben 30 Mill. DM aufgebracht, wobei sich die Gesamtkosten auf 78 Mill. DM beliefen.

Durch die Ausweitung der Baukapazität können schließlich die Vorteile der Rationalisierung und der Großserienproduktion vorgefertigter Bauteile voll ausgenutzt werden. Dabei ist eine Senkung der reinen Baukosten zu erwarten. Auf diesem Wege könnte daher - als "Nebenprodukt" der Fondsfinanzierung - eine Verbilligung der Wohnungsmieten zu erreichen sein.

Der wirtschaftliche Wert des Fondskapitals unterscheidet sich nach allem nicht wesentlich von dem des Förderkapitals nach §§ 123 ff. des Vorentwurfs [1]. Da die Immobilienzertifikate wegen der Abschreibungsvergünstigungen attraktiver als die Förderkapitalanteile sind, werden sie voraussichtlich bei den

---

1) Vgl. in Gegenüberstellung a.a.O.

Sparern auf ein größeres Interesse stoßen und damit dem Wohnungsbau mehr Kapital zuführen als die Förderkapitalanteile.

Die Finanzierung durch Immobilienfonds bietet daher wirtschaftlich insgesamt eine echte Alternative zum Förderkapital.

3. Immobilienfonds, deren Zertifikate Eigentum über eine Bruchteilsgemeinschaft vermitteln (im folgenden: Fonds II)

a) Die rechtliche Konstruktion

Im Rahmen dieses Fondstyps hätten die Genossenschaften die Funktion des Fondsträgers und Treuhänders zu übernehmen, der den Grundbesitz verwaltet, bebaut und anschließend eventuell verpachtet [1]. Auch bei dieser Konstruktion dürfte es sich empfehlen, nicht eine Einzelgenossenschaft, sondern eine Zentrale mit dieser Funktion zu betrauen [2]. Denkbar wäre es auch, daß sich Genossenschaftszentralen an bereits bestehenden Fondsträgern beteiligen [3].

Die zu bebauenden Grundstücke können entweder von den Primärgenossenschaften an die Zentrale übereignet oder aus den Mitteln des Fonds von der Zentrale zum Zwecke der Bebauung auf dem Grundstücksmarkt erworben werden.

Die Zentrale hat außerdem die Auflassungsvormerkungen gegenüber den Zertifikatinhabern oder der Treuhänderbank als Sammeltreuhänder zu bewilligen.

Die Zertifikatausgabe übernimmt eine Treuhänderbank, die auch den Verkaufserlös entgegennimmt. Bei den bereits bestehenden Fonds gibt sie diesen erst dann frei, wenn das geplante Projekt unter Mitwirkung eines Gutachterausschusses begutachtet ist und die Ansprüche der Zertifikatinhaber durch Eintragung der Auflassungsvormerkung gesichert sind [4]. Die Geldmittel werden

---

1) Um nicht selbst mit den mit der Vermietung verbundenen Verwaltungsaufgaben belastet zu werden; vgl. auch Abbildung 2).

2) Vgl. oben S. 48, 49.

3) Vgl. oben S. 49.

4) Vgl. §§ 883 ff. BGB, §§ 13, 19, 29, 39 GBO.

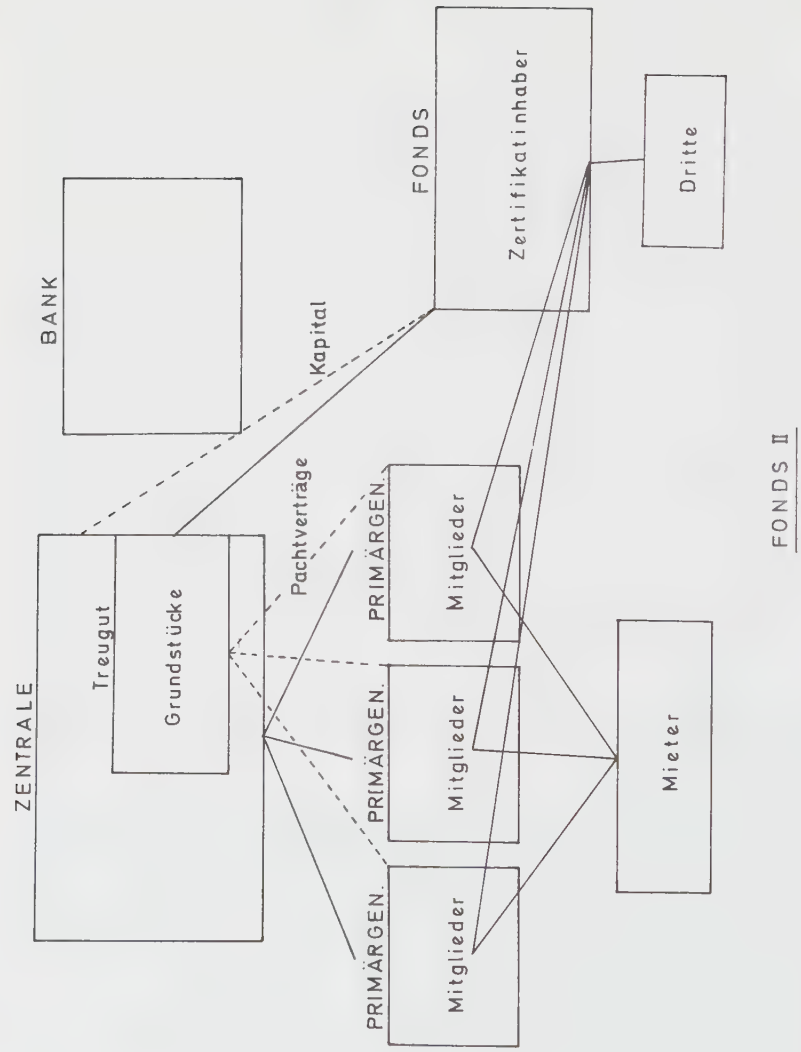
ZENTRALE
Treugut
Grundstücke
BANK
Kapital
Pachtverträge
FONDS
Zertifikatinhaber
Dritte
PRIMÄRGEN.
Mitglieder
PRIMÄRGEN.
Mitglieder
PRIMÄRGEN.
Mitglieder
Mieter
FONDS II

Abbildung 2)

vom Fondsträger im eigenen Namen für fremde Rechnung ausgegeben; die unmittelbare Haftung der Zertifikatinhaber wird dadurch ausgeschlossen. Werden die Baukosten überschritten, müssen die Mehrkosten allerdings letztlich von den Zertifikatinhabern getragen werden.

Wie bei Fonds I ist es auch hier erforderlich [1], die Zertifikate nicht nur Mitgliedern der Primärgenossenschaften, sondern ggf. auch Dritten zur Zeichnung anzubieten.

Den Zertifikatinhabern sind bei den bestehenden Fonds in den Allgemeinen Vertragsbedingungen Kontrollmöglichkeiten eingeräumt [2], wenn auch die Unabhängigkeit der Geschäftsführung wegen der Übertragung des Grundbesitzes auf den Treuhänder weitgehend gewahrt ist.

Die Zertifikatinhaber sind wirtschaftlichen Miteigentümern nach Bruchteilen gleichgestellt und werden (steuer-)rechtlich als solche behandelt; ihr Verhältnis untereinander richtet sich nach §§ 741 ff. BGB [3].

b) Steuerliche Gesichtspunkte

Die Bruchteilsgemeinschaft der Zertifikatinhaber ist körperschaftsteuerfrei. Jeder von ihnen unterliegt jedoch der Einkommensteuer und der Vermögensteuer. Die Einkünfte werden - ebenso wie bei Fonds I - einheitlich ermittelt und auf die Zertifikatinhaber aufgeteilt. Bis zur Fertigstellung des Bauprojekts sind erhöhte Werbungskosten aus Bauzwischenfinanzierung, Bereitstellungszinsen, Schätzungsgebühren, Damnum etw. im Jahre der Aufwendungen voll abzugsfähig [4]. Auch bei dieser

---

1) Vgl. oben S. 55.

2) Vgl. die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Haus- und Boden-Fonds der Bremer Treuhand.

3) Vgl. Reichel, Immobilien-Anlagegesellschaften a.a.O., S. 546.

4) Vgl. § 11 EStG; im übrigen vgl. dazu Henning, Steuern a.a.O., S. 587 ff.

Konstruktion wird es in den ersten Jahren, ungeachtet der Barausschüttungen, zu steuerlichen Verlusten kommen, die mit positiven Einkünften verrechnet werden können. Wegen der §§ 7, 7b EStG sind in den ersten zwölf Jahren statt einer Steuerbelastung erhebliche Steuervorteile mit dem Erwerb von Zertifikaten des Fonds II verbunden.

Entsprechendes gilt für die Vermögensteuer.

Anders als bei Fonds I beurteilt sich dagegen die Frage nach der Grunderwerbsteuer. Da die Zertifikate des Fonds II gemäß § 11 Ziff. 3 StAnpG das unmittelbare Miteigentum am Grundbesitz verbriefen, sind die Zertifikatinhaber bei Veräußerung grunderwerbsteuerpflichtig. Da außerdem auch der Erwerb der Grundstücke durch den Treuhänder [1] und auch der Erwerb einer Auflassungsvormerkung [2] grunderwerbsteuerpflichtig sind und da für die Kleinsparer bisweilen ein Sammeltreuhänder bezüglich der Auflassungsvormerkungen eingeschaltet wird, würde dreimal Grunderwerbsteuer anfallen. Dieser Vorgang ist jedoch von den Finanzministern der Bundesländer als unbillige Härte im Sinne von § 131 AO anerkannt worden [3]. Die Übertragung des Auflassungsanspruchs von dem jeweiligen Zertifikatinhaber auf den Sammeltreuhänder wird daher steuerlich nicht erfaßt [4].

c) Die wirtschaftliche Attraktivität der Zertifikate

Ist der Fondsträger eine Zentrale - und dies dürfte die Regel sein - sind die Genossenschaftsmitglieder am Substanzwert ihrer Primärgenossenschaft nur mittelbar beteiligt, da sie nicht an deren Vermögen, sondern an dem der Zentrale partizipieren. Wenn allerdings eine einzelne potente Wohnungsgenossenschaft die Funktion des Fondsträgers übernehmen könnte, würden die Zertifikatinhaber unmittelbar an den Wertsteigerungen des Genossenschaftsvermögens teilnehmen. Damit wäre eine

---

1) Vgl. § 1 Abs. 1 Ziff. 1 GrEStG.

2) Vgl. § 1 Abs. 1 Ziff. 2 GrEStG.

3) Vgl. den Erlaß des Finanzministers von Nordrhein-Westfalen vom 2.11.1966, in: DW 1966 S. 905.

4) Vgl. Brenning a.a.O., S. 46.

echte Substanzwertbeteiligung erreicht.

Im Unterschied zu Fonds I sind die Zertifikatinhaber bei Fonds II nicht nur wirtschaftliche (Bruchteils-)Eigentümer der im Fonds befindlichen Grundstücke, sondern wegen der Eintragung einer Auflassungsvormerkung auch dinglich gesichert.

Die Zertifikate der bestehenden Fonds dieses Typs erzielen eine Jahresdividende zwischen 4 und 6 % je Anteil [1]. Hinzu kommt der Wertzuwachs der Zertifikate, der dadurch entsteht, daß die Fremdmittel vom Fondsträger aus den Mieteinnahmen fortlaufend getilgt werden. Der Grundbesitz nimmt daher mit dem Grad der Entschuldung an Wert zu. Nach etwa 40 Jahren dürften die Objekte vollkommen schuldenfrei sein. Von diesem Zeitpunkt ab wird auch der Mietertrag - abzüglich der Unterhaltungskosten und der Verwaltungskosten - ausschließlich den Zertifikatinhabern zugute kommen. Die Höhe der Dividende dürfte dann entsprechend steigen. Berücksichtigt man schließlich die Abschreibungsvergünstigungen nach §§ 7, 7b EStG, so kann die Rentabilität der Papiere vor allem für Sparer mit einem höheren sonstigen Einkommen als gut bezeichnet werden.

Ein erheblicher Vorteil für viele Sparer dürfte darüber hinaus die Tatsache sein, daß für den Erwerb der Zertifikate Bausparguthaben vor Ablauf der Sperrfrist eingesetzt werden können, ohne daß die Prämienberechtigung oder die entsprechende Steuer-

---

1) Reichel (Immobilien-Anlagegesellschaften a.a.O., S.546 f.) geht für die Bremer Treuhand von 5,5 % aus, während Bergmann (a.a.O., S. 593, Tabelle) 5 % angibt. Bei Fonds des sozialen und steuerbegünstigten Wohnungsbaus nimmt Bergmann (a.a.O., S. 592) 4 % an, während bei freifinanzierten Objekten 5 % - 6 % pro Jahr einkalkuliert werden könnten;
vgl. dazu auch Bergmann, Immobilienzertifikate a.a.O., S. 375 ff.

vergünstigung entfällt [1]. Auch kann das Agio in diesem Fall steuerunschädlich davon bezahlt werden, da dieses unter "Werbungskosten" für den Erwerb der Anteile fällt.

Die Zertifikatinhaber sind andererseits mit dem Risiko belastet, bei Überschreitung der Baukosten für den Restbetrag aufkommen zu müssen [2] [3]. Dieses Risiko läßt sich in angemessenen Grenzen halten, wenn die Aufgabe eines Fondsträgers von einer Fondsverwaltung mit einer seriösen und vorsichtigen Geschäftspolitik wahrgenommen wird. Eine staatliche Kontrolle wäre insoweit zum Schutz der Sparer wünschenswert.

Die Fungibilität der Anteile ist nicht unerheblich eingeschränkt. Zwar wirkt sich die Eintragung der Auflassungsvormerkung insoweit nicht aus, da sie die Übertragbarkeit der Zertifikate nicht unterbindet, sondern vielmehr analog § 401 BGB auf den neuen Erwerber übergeht [4]. Jedoch fällt bei jeder Übertragung der Zertifikate Grunderwerbsteuer an. Da diese 7 % des Veräußerungsentgelts beträgt, würde sich ein Verkauf in den ersten Jahren kaum rentieren. Es würde nicht nur der Wertzuwachs kompensiert, sondern auch der Ausgangswert geschmälert werden. Erst zu einem Zeitpunkt, zu dem der Wertzuwachs einen Anteil von wenigstens 7 % des Gesamtwerts ausmacht, hat der Verkäufer keinen Verlust, muß allerdings eine Rentabilitätseinbuße hinnehmen. Diese Einbuße wird umso geringer, je länger der Sparer den Verkauf des Anteils hinausschiebt.

Außerdem gehen die Abschreibungsvergünstigungen nach §§ 7, 7b EStG beim Verkauf der Anteile verloren. Damit wird die

---

1) Vgl. § 2 Abs. 2 Wohnungsbauprämiengesetz; § 10 Abs. 2 Nr. 2 EStG; Abschn. 92 Abs. 2 und 94 Abs. 2 EStR 65.

2) Vgl. oben S.69.

3) Nach § 12 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Bremer Treuhand werden z.B. Überschreitungen bis zu 10 % aus dem Fondsvermögen abgedeckt und vorgestreckt.

4) Vgl. Westermann, Sachenrecht a.a.O., § 84 V 1, S. 425 Palandt a.a.O., § 401 Anm. 1b; RGZ 142 S. 331 (333).

Fungibilität weiter vermindert. Dieser Nachteil wiegt aber nicht allzu schwer, da die Immobilienfondsanlage ohnehin nur als langfristige Geldanlage sinnvoll ist. Auch haben sich die bereits bestehenden Fonds des Typ II bereiterklärt, die Zertifikate notfalls einzulösen.

Nach allem dürfte die Attraktivität der Zertifikate des Fonds II nicht unter der des Fonds I liegen.

d) Der wirtschaftliche Wert der Finanzierung über Fonds II

Der wirtschaftliche Wert der Finanzierung über Fonds II gleicht im wesentlichen dem der Finanzierung über Fonds I. Es kann daher auf das dort Ausgeführte verwiesen werden [1].

Da die Zertifikate eine langfristig ertragreiche Kapitalanlage bieten, wird der Inhaber nur in Ausnahmefällen das Bedürfnis haben, die dort enthaltenen Werte zu realisieren. Den Genossenschaften wird daher selbst dann ein genügend hohes und konstantes Betriebskapital bei geringen Kosten zur Verfügung stehen, wenn die Fondsträger die Einlösungsmöglichkeit nicht generell ausschließen. Die Erfahrungen bei den bestehenden Fonds bestätigen das.

Im Unterschied zu Fonds I kommt der Erlös der Zertifikate bei Fonds II den Genossenschaften - sei es auch nur der Zentrale - selbst zugute. Übernimmt eine einzelne Genossenschaft die Funktion des Fondsträgers, so kann sie das Zertifikatkapital zur Finanzierung des Genossenschaftsbetriebs einsetzen und Wohnungen für den eigenen Bestand errichten.

---

1) Vgl. oben S. 64 ff.

4. Ergebnis

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß keine Konstruktion grundsätzlich den Vorrang vor einer anderen verdient. Bei einer gesetzlichen Regelung des Immobilienfondswesens sollte man die Zulässigkeit nicht auf einen bestimmten Typ beschränken. Es sollten hauptsächlich Kontrollen eingeführt werden, welche die Seriosität der jeweiligen Fondsverwaltung gewährleisten.

Jede Fondsart bietet für bestimmte Bedürfnisse eine günstige Form der Geldanlage für Sparer und gewährleistet, daß zur Errichtung von Wohnungen für Genossenschaftsmitglieder ein genügend hohes Kapital aufgebracht wird.

Je nachdem, ob ein Interessent mehr Wert auf Fungibilität oder auf "dingliche" Sicherung legt, wird er die Zertifikate des Fonds I oder die des Fonds II wählen.

Wenn eine Substanzwertbeteiligung im Sinne der Beteiligung der Genossenschaftsmitglieder an den Wertsteigerungen des Genossenschaftsvermögens angestrebt wird, muß eine einzelne Genossenschaft die Funktion des Fondsträgers bei Fonds II übernehmen. Andernfalls läßt sich nur eine Beteiligung am inneren Wert der Zentrale oder der Kommanditgesellschaft erreichen.

Nach allem werden sich die Genossenschaften der Konstruktion des Fonds I oder der des Fonds II - wenn eine Zentrale eingeschaltet ist - nur dann bedienen, wenn es ihnen vorrangig auf die Versorgung der Mitglieder mit Wohnraum ankommt und wenig Wert darauf gelegt wird, den eigenen Wohnungsbestand zu vergrößern sowie die Mitglieder am inneren Wert gerade der Primärgenossenschaften zu beteiligen.

2. T e i l

Die Untersuchung der Zulässigkeit

3. K a p i t e l

Die Zulässigkeit der Beteiligungen bei einer gewinnorientierten Geschäftspolitik

Bei allen Fondskonstruktionen wird sich regelmäßig die Ausgliederung einer Genossenschaftszentrale als nötig erweisen. Darüberhinaus müssen die Wohnungsgenossenschaften bei Fonds I die Funktion des Komplementärs einnehmen. Daher steht zu Beginn der Zulässigkeitsprüfung die Frage nach der Zulässigkeit der Beteiligung von Genossenschaften an anderen Organisationen.

Den Bereich der erlaubten Tätigkeiten beschränkt § 1 Abs. 1 GenG für eingetragene Genossenschaften ausschließlich auf den Zweck der Förderung der Mitglieder. In diesem Rahmen muß daher auch eine Beteiligung an anderen Organisationen zulässig sein. § 1 Abs. 2 GenG erläutert daher nur die ohnehin nach § 1 Abs. 1 GenG bestehende Rechtslage [1]. Diese Vorschrift regelt die Zulässigkeit von Beteiligungen im übrigen abschließend und bejaht sie, wenn sie "der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder der Genossenschaft .... zu dienen bestimmt ist".

I. Die Rechtsform der Beteiligungen

Die Zentralen können sowohl in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft als auch in der der GmbH oder der Aktiengesellschaft errichtet werden [2].

---

1) Vgl. Welling a.a.O., S. 181 f. mit dem Hinweis auf die amtliche Begründung des Änderungsgesetzes.

2) Vgl. oben S. 51 ff.

1. Nach § 2 Abs. 1 GenG ist eine Beteiligung von Genossenschaften an "Gesellschaften und sonstigen Personenvereinigungen einschließlich der Körperschaften des öffentlichen Rechts" zulässig.

Aus der Formulierung des Gesetzes könnte man folgern, daß eine Beteiligung von Genossenschaften an Genossenschaften nicht statthaft sei, da eine derartige Beteiligung nicht ausdrücklich erwähnt ist. Wie aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 GenG hervorgeht, verstanden die Verfasser des Genossenschaftsgesetzes den Begriff Gesellschaft jedoch nicht als Gegensatz zu den körperschaftlichen Organisationsformen, sondern als Oberbegriff über alle privatrechtlichen Vereinigungen [1]. § 1 GenG schließt somit auch die Beteiligung an Genossenschaften ein.

Bedenken gegen die Mitgliedschaft von Genossenschaften an Genossenschaften könnten sich jedoch daraus ergeben, daß die Genossenschaft in der Regel die persönliche Mitarbeit der Mitglieder voraussetzt. Da eine "persönliche" Mitarbeit im eigentlichen Sinne nur natürlichen Personen möglich ist, könnte sich eine Beteiligung von juristischen Personen oder von Körperschaften verbieten [2].

Für die Genossenschaften nach dem geltenden Genossenschaftsgesetz ist die Rechtslage eindeutig. Die Zulässigkeit ihrer Beteiligung an Genossenschaften ergibt sich sowohl aus dem Begriff Gesellschaft in § 1 Abs. 1, 2 GenG, als auch aus der ausdrücklichen Erwähnung in § 9 Abs. 2 GenG.

Auch ein - durch § 9 Abs. 2 GenG sanktionierter - Verstoß gegen das Personalitätsprinzip liegt nicht vor. Zwar mag eine persönliche Mitarbeit am Genossenschaftsbetrieb nur natürlichen Personen möglich sein. Indem aber die Rechtsordnung bestimmte Organisationen rechtlich verselbständigt, gleicht sie diese bezüglich ihrer Handlungs- und Rechtsfähigkeit den natürlichen

---

1) Vgl. Parisius-Crüger a.a.O., § 1 Anm. 2; Messerschmidt a.a.O., S. 95 f.; Holthöfer a.a.O., S. 16.

2) Vgl. Eingabe des Gesamtverbandes des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V. an den Bundesminister für Wirtschaft vom 10.2.1954, abgedruckt in: Reform Bd.1 (1956) a.a.O., S.447 - 454,(449) im Entwurf einer Neufassung des § 1 GenG.

Personen an [1]. Sie können durch ihre Organe wie eine natürliche Person handeln und daher auch am Genossenschaftsbetrieb "persönlich" mitarbeiten. Im übrigen verliert dieses Problem zunehmend an Bedeutung, da sich die Zentralen mehr und mehr in der Rechtsform der GmbH organisieren.

2. § 1 Abs. 2 GenG trifft keine Unterscheidung zwischen Beteiligungen an Genossenschaften und an kapitalistischen Rechtsformen. Daher gibt der Wortlaut des Gesetzes keinen Anlaß, an der Zulässigkeit der Beteiligung von Genossenschaften an kapitalistischen Gesellschaften zu zweifeln.

Daran ändert auch der Umstand nichts, daß im vorliegenden Fall die Beteiligungen letztlich das Ziel verfolgen, die Mitglieder mit Wohnungen zu versorgen. Es handelt sich dabei zwar nicht nur um eine Beteiligung, sondern um die Verwirklichung genossenschaftlicher Ziele. Jedoch dürfen auch derartige Geschäfte, selbst wenn sie einen wesentlichen Teil des genossenschaftlichen Geschäftsbetriebs ausmachen, in einer kapitalistischen Rechtsform abgewickelt werden [2]. Eine Legaldefinition der Genossenschaft ist in § 1 GenG enthalten. Darin sind mittelbar ihre wesentlichen Kriterien festgelegt: Das Förderungsprinzip, das Identitätsprinzip und das Personalitätsprinzip sowie die körperschaftliche Grundstruktur und die wirtschaftliche Betätigung.

Es ist heute einhellig anerkannt, daß diese Kriterien nicht ausschließlich an die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft gebunden sind [3]. Vielmehr ist diese Rechtsform nur eine der möglichen Formen eines genossenschaftlichen Zusammenschlusses [4]. Diese Tatsache erklärt sich aus dem im Zivilrecht herr-

---

1) Vgl. Lehmann-Hübner a.a.O., S. 435 ff., 440.

2) Vgl. dazu im einzelnen Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O. und Marktintegration a.a.O., S. 2 ff.; Selchert, Möglichkeiten a.a.O., S. 178 ff.

3) Vgl. oben S.9.

4) Vgl. Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 5; Paulick, Typenbeschränkung a.a.O., S. 100, 105, 154 und: Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S.4, 5, 13; Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 68, 87.

schenden Grundsatz der Freiheit der Typenwahl, nach dem die Beteiligten wählen können, welche der in der Rechtsordnung vorgesehenen Gesellschaftsformen sie zur Durchführung ihrer Ziele benutzen wollen. Es muß daher unterschieden werden zwischen der Genossenschaft als einer Gesellschaftsform (unter anderen) und der Genossenschaft als einer Form der menschlichen Zusammenarbeit mit einer bestimmten, noch näher darzustellenden Zielsetzung, die sich ihrerseits der verschiedensten Rechtsformen als des äußeren Organisationsmantels bedienen kann.

II. Die Beteiligung als Ausdruck einer gewinnorientierten Geschäftspolitik

Wenn auch die genossenschaftlichen Ziele grundsätzlich in einer kapitalistischen Rechtsform erreicht werden können, so ist doch damit nicht die Frage beantwortet, ob sich die Genossenschaften bei den Beteiligungen im Einzelfall noch innerhalb ihres in § 1 GenG gezogenen Wirkungsrahmens [1] betätigen. Diese Frage stellt sich unabhängig von der Rechtsform der Organisation, an der sich die Genossenschaft beteiligt - wenn auch eine kapitalistische Rechtsform eine "Entartung" begünstigen mag.

Im einzelnen sind die Verhältnisse bei den Primärgenossenschaften, den Zentralen und - im Rahmen des Fonds I - bei der Kommanditgesellschaft zu unterscheiden.

Sowohl die Zentralen in ihrer Funktion als Komplementär oder Fondsträger, wie auch die Kommanditgesellschaft sind im Interesse der Zertifikatinhaber zunächst daran interessiert, aus der Verpachtung der Wohnungen ihre Herstellungskosten zu decken und darüberhinaus einen möglichst hohen Überschuß zu erwirtschaften. Außerdem wollen sie die aufgenommenen Fremdmittel möglichst schnell ablösen, um die Zinslast zu verringern und um so ebenfalls höhere Erträge zu erzielen.

---

1) So Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 109.

Dagegen verfolgen die Primärgenossenschaften diese Interessen in ihrem engeren Geschäftsbereich nicht. Da sie sich aber an den Zentralen - oder möglicherweise an der Kommanditgesellschaft - beteiligen und deren Leistungen in Anspruch nehmen, strahlt deren Geschäftsgebaren auf sie aus. Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich insbesondere die Frage, ob die Beteiligung - wie es § 1 Abs. 2 Satz 1 GenG voraussetzt - noch der "Förderung" der Mitglieder dient. Besonders deutlich werden die Auswirkungen der gewinnorientierten Wirtschaftsführung auf den genossenschaftlichen Geschäftsbetrieb in dem Sonderfall, daß eine einzelne Genossenschaft bei Fonds II die Funktion des Fondsträgers übernimmt.

Nach allem binden die an dem Fondsprojekt beteiligten Genossenschaften - sei es als Zentrale, Primärgenossenschaft oder als Kommanditgesellschaft - einen nicht unwesentlichen Teil ihres Geschäftsbetriebs so, daß zumindest in einem Teilbereich für sie eine gewinnorientierte Wirtschaftsführung unvermeidlich wird. Entscheidend ist daher, ob speziell die Erzielung von Gewinnen in bestimmten Teilbereichen mit dem im Genossenschaftsgesetz vorgezeichneten Wirkungsrahmen zu vereinbaren ist. Dabei ist ein tatsächlicher und ein rechtlicher Aspekt zu beobachten.

Von der tatsächlichen Seite her könnte ein Vergleich zu dem äußeren Erscheinungsbild der gegenwärtig bestehenden Genossenschaften gezogen werden. Namentlich von den großen Konsumgenossenschaften würden sich die am Fondsprojekt beteiligten Wohnungsgenossenschaften nicht wesentlich unterscheiden. Auch dort wurden Zentralen - meist in der Rechtsform der GmbH - ausgegliedert, deren Geschäftsbetrieb auf knappe Kostenkalkulation, Rationalisierung und nicht zuletzt auf Gewinnmaximierung ausgerichtet ist. Es kann dahinstehen, ob die darin erwirtschafteten Überschüsse in Form von Warenrückvergütungen oder als Dividende ausgezahlt werden oder ob sie sich in einer Verbesserung der Leistungen gegenüber den Primärgenossenschaften oder den Verbrauchern ausdrücken. Denn entscheidend ist in diesem Zusammenhang, daß die Wirtschaftsführung überhaupt auf die Erzielung von Überschüssen hin angelegt ist. Wie diese anschließend verteilt werden, ist dagegen insoweit ohne Bedeutung.

Das äußere Erscheinungsbild dieser Genossenschaften dürfte kaum mit dem der traditionellen Genossenschaft übereinstimmen. Die Genossenschaften sind - wie andere Organisationen - einer geschichtlichen Entwicklung unterworfen. Sie müssen sich den neuen Größenordnungen anpassen und die Erkenntnisse der modernen Wirtschaftsführung nutzen, um den Konkurrenzkampf mit den erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen bestehen und ihren Mitgliedern auch in Zukunft eine attraktive Förderung bieten zu können. Sie sind gezwungen, materielle Anreize zu schaffen, die ihrererseits auf dem Weg über Gewinne erwirtschaftet werden müssen.

Im übrigen hätte die Erzielung von Dividenden auch bei der Einführung eines Förderkapitals einen nicht unerheblichen Teil des Geschäftsbetriebs ausgemacht, ohne daß man darin auf genossenschaftlicher Seite eine grundsätzliche Abkehr vom traditionellen Wirkungsrahmen der Genossenschaften gesehen hat. Zwar sollte die Höhe des Förderkapitals begrenzt sein und die Anteilsinhaber sowohl des Förderkapitals, als auch des Geschäftsguthabens bei den Ausschüttungen paritätisch bedacht werden. Jedoch ist darin nur eine Maßnahme zu sehen, die das Verhältnis der beiden Kapitalmassen zueinander regeln, d.h. ein Übergewicht des Förderkapitals über die Geschäftsguthaben verhindern sollte. Die Maßnahme ändert nichts daran, daß in einem mehr oder weniger großen Umfang eine Dividende erwirtschaftet und - wenigstens als "Nebenprodukt" - mit zum Gegenstand des genossenschaftlichen Geschäftsbetriebs gemacht worden wäre. Daran wird deutlich, daß die Fondsfinanzierung in diesem Punkt zumindest nicht schlechter als die Finanzierung über ein Förderkapital zu beurteilen ist.

III. Die Beschränkung auf den Förderungszweck

Schwieriger erscheint es, die Übereinstimmung der oben aufgezeigten Entwicklung mit dem Genossenschaftsgesetz festzustellen und den notwendigen Wandlungsprozeß bei den Genossenschaften rechtsdogmatisch abzusichern.

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 GenG setzt die Zulässigkeit einer Beteiligung voraus, daß sie der "Förderung der Mitglieder" dient.

1. Das Förderungsprinzip

a) Die traditionelle Auffassung

Zur Auslegung des Begriffs Förderung ist zunächst auf den Wortsinn, anschließend auf den Sinn und Zweck des Gesetzes abzustellen [1].

Nach dem Sprachgebrauch kann jede Möglichkeit der Vorteilsverschaffung als "Förderung" angesehen werden, sei es durch Vermehrung der Einnahmen, sei es durch Verminderung der Ausgaben [2]. Ein derartiger Förderungsbegriff trifft jedoch auch auf die erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen zu, da diese ebenfalls ihre Gesellschafter durch Gewinnausschüttungen in diesem Sinne "fördern". Einer so verstandenen "Förderung" fehlt jede abgrenzende Funktion. Auch wäre der Zweck der Genossenschaft auf diese Weise zu generell umschrieben, als daß diese Definition den Genossenschaften eine hinreichend festgelegte organisationsmäßige Betätigung ermöglichen würde. Der Wert der Wortinterpretation ist daher gering.

Das Reichsgericht hatte deshalb eine "unmittelbare" Förderung der Mitgliederwirtschaften verlangt [3]. Dagegen wurde mit Recht eingewandt [4], daß der Begriff "unmittelbar" in diesem Zusammenhang mißverständlich sei, da auch die Betreuung, die Beratung und ähnliches unter den Begriff Förderung fallen sollen, obwohl die Mitglieder dadurch nur mittelbar, d.h. indirekt gefördert werden.

---

1) Zu der Methode der Auslegung vgl. Wolff I a.a.O., § 29 III c.

2) Vgl. Meyer-Meulenbergh a.a.O., § 1 Anm. 1 c; Lang-Weidmüller a.a.O., § 1 Anm. 3.

3) Vgl.z.B. Beschluß vom 29.6.1931 - II B 12/31 (RGZ 133 S. 170 - 178); Maurer-Birkenbihl a.a.O., S.31; Parisius-Crüger a.a.O., § 1 Anm. 13.

4) Vgl. Welling a.a.O., S. 54.

Eine teleologische Auslegung muß dem auszulegenden Begriffsinhalt eine zweckgerechte Betätigung ermöglichen und hat zugleich die abgrenzende Funktion von Begriffen zu beachten.

Der Entstehungszeitpunkt des Genossenschaftsgesetzes deutet darauf hin, daß im Zusammenhang mit der preußischen Sozialgesetzgebung die wirtschaftlich schwachen Personengruppen - wie etwa die von der Industrie bedrohten selbständigen Handwerksbetriebe - gestärkt werden sollten [1]. Die Genossenschaft erscheint unter diesem Aspekt als Selbsthilfeeinrichtung. Ob und in welchem Umfang sie Gewinne erzielen durfte, geht daraus nicht hervor.

Der in § 1 GenG für eingetragene Genossenschaften aufgestellte Wirkungsrahmen legt Zweck, Art und Richtung der genossenschaftlichen Tätigkeit fest. Die Vorschrift führt als einzigen Genossenschaftszweck die Förderung der Mitglieder an und schweigt über die Gewinnerzielung. Daher kann der Zweck nicht darin bestehen, möglichst hohe Unternehmergewinne als Selbstzweck zu erwirtschaften [2]. Vielmehr enthält der Genossenschaftszweck, neben verschiedenen "egoistischen" Elementen, vor allem eine "altruistische" Zielsetzung. Dabei ist die Tendenz, d.h. die Zielrichtung des Genossenschaftszwecks letztlich allein altruistisch auf die Unterstützung der Mitgliederwirtschaften und nicht auf eine Gewinnmaximierung beim Unternehmen ausgerichtet.

Andererseits bringt eine Formel, welche die Genossenschaften als ausschließlich altruistisch ausgerichtete Organisation begreift, keine wirkliche Lösung des Problems. Denn die Übergänge von einer altruistischen zu einer egoistischen Betätigung können unscharf sein, wie das folgende Beispiel zeigt: Bei einer zunehmenden Verteuerung der Förderungsleistung ist die Genossenschaft darauf angewiesen, in ihrem Betrieb ein höheres Kapital

---

1) Vgl. Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 68.

2) Einhellige Meinung, vgl. Parisius-Crüger a.a.O., § 1 Anm. 10 m.w.N.; Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 51; Welling a.a.O., S. 55.

einzusetzen, welches seinerseits erwirtschaftet werden muß. Die Geschäftsguthaben dürften in diesem Fall als Kapitalgrundlage nicht ausreichen. Wenn den Genossenschaften nicht die Existenzberechtigung und die Existenzmöglichkeit genommen werden sollen, muß ihnen eine egoistische Betätigung wenigstens insoweit gestattet sein, als sie zur Durchführung altruistischer Ziele nötig ist.

Allerdings darf die Genossenschaft den für sie vorgeschriebenen Betätigungsrahmen [1], in dem der Förderungszweck eine herausragende Stellung einnimmt, nicht verlassen, wenn sie keinen Rechtsverstoß und möglicherweise eine Sanktion [2] hinnehmen will.

Zwar ist der Umfang des Wirkungskreises in etwa dem gleichen Umfang auslegungsfähig wie der Begriff Förderung selbst. Dabei ist jedoch darauf zu achten, daß die Abgrenzungsfunktion der Legaldefinition nicht verloren geht. Daher ist eine untere Grenze aller Auslegungsmöglichkeiten dort zu sehen, wo die Abgrenzung gegenüber anderen Organisationen in Frage gestellt wird. Vereinzelt wird deshalb eine Förderung noch in den Fällen bejaht, in denen die Zurückdrängung dieses Zieles durch das Streben nach Erwerbsgewinnen nicht eindeutig erkennbar wird. [3]

Das OLG Hamburg hat in einer älteren Entscheidung [4] eine "Förderung des Erwerbs" nur dann angenommen, wenn der genossenschaftliche Geschäftsbetrieb mit dem besonderen Erwerbsberuf der Genossen im Zusammenhang steht. Daraus wäre mit dem Ober-

---

1) Westermann (Neugestaltung a.a.O., S. 77, These III, und S. 86 f.) führt diese Tatsache im Hinblick auf eine Neufassung der Legaldefinition an, stimmt ihr aber auch de lege lata zu.

2) In Betracht kommt eine Auflösung der Genossenschaft nach § 81 Abs. 1 GenG, wenn auch die Anwendbarkeit dieser Vorschrift insoweit nicht zweifelsfrei ist.

3) Vgl. Draheim, Genossenschaftliche Zusammenschlüsse a.a.O., S. 192.

4) Vom 11.5.1914, zitiert bei Parisius-Crüger a.a.O., § 1 Anm. 10.

landesgericht zu folgern, daß nicht nur der Geschäftsbetrieb der Genossenschaft, sondern auch die einzelne Förderungsleistung erwerbsbezogen sein muß, da sich der Geschäftsbetrieb gerade aus der Summe der Einzelförderungsleistungen zusammensetzt. Danach wäre es ausgeschlossen, daß z.B. ein nur Milchwirtschaft betreibender Landwirt Mitglied einer Saatzuchtgenossenschaft wird. Diese Schlußfolgerung wäre dogmatisch wenig befriedigend, da die Möglichkeit der Förderung und der Förderungszweck als solcher nicht völlig identisch sind.

Auch mag es zwar für bestimmte Genossenschaftssparten zutreffen, daß die für sie typische Förderung dem "eigentümlichen Erwerbsberuf" der Mitglieder nicht wesensfremd sein darf [1]. Diese Maxime läßt sich jedoch auf die Verhältnisse bei den Wohnungsgenossenschaften nicht ohne weiteres übertragen. Denn der Bedarf an Wohnraum gehört nicht der wirtschaftlichen Sphäre im Sinne einer ökonomischen Betätigung an und kann mit dem Erwerbsberuf des Mitglieds in keinem Zusammenhang stehen. Gleichwohl ist die Wohnungsgenossenschaft als eine der möglichen Genossenschaftsformen in § 1 Abs. 1 Ziff. 7 GenG aufgezählt. Daher ist der Begriff Förderung nicht nur auf wirtschaftliche oder auf die mit dem Erwerbsberuf zusammenhängenden Belange ausgerichtet, sondern erfaßt auch die Befriedigung spezieller Lebensbedürfnisse, wie die Versorgung mit Wohnraum. Die Funktion des Förderungszwecks kann also nur darin bestehen, diejenigen Personen von den Genossenschaften fernzuhalten, die über eine Mitgliedschaft eine reine Dividendenerwirtschaftung anstreben. Der Begriff Hauswirtschaft darf infolgedessen nicht mit einer ökonomischen Zielsetzung gleichgesetzt werden; auch die Versorgung mit Wohnraum gehört dazu. Entscheidend ist, daß sich die Genossenschaft in diesem Sinne "erwerbs- oder wirtschaftsbezogen" betätigt. Demgegenüber erscheint der von Lehmann [2] verwandte Ausdruck "unmittelbare naturale Förderung der Wirtschaft der einzelnen

---

1) So Parisius-Crüger a.a.O., § 1 Anm. 10.

2) Vgl. bei Lehmann-Dietz a.a.O., S. 444; vgl. dazu auch von Caemmerer a.a.O., S. 169; Hueck a.a.O., S. 246; Westermann, Neugestaltung a.a.O., S. 89.

Genossen" nicht nur wegen der Verwendung des Begriffs unmittelbar mißverständlich. Dies gilt auch für den Begriff natural, da die Förderung unzweifelhaft auch immaterielle Elemente enthalten darf.

b) Eine Zwei-Stufen-Theorie

Ein Ansatz für die Lösung des Problems könnte sich aus dem Gegenschluß zu dem Grundsatz ergeben, nach dem der Genossenschaft die Erzielung von Überschüssen [1] als Selbstzweck verboten ist. Danach könnte die Genossenschaft Überschüsse insoweit erwirtschaften, als sie auf diese angewiesen ist, um eine wirksame Förderung erbringen zu können [2]. Diese These dürfte einer durchaus herrschenden Meinung entsprechen.

Schwierigkeiten bereitet dagegen die Frage, wann die Erzielung von Überschüssen im Einzelfall mit dem Begriff der erwerbs- und wirtschaftsbezogenen Förderung zu vereinbaren ist. Es ist also die Grenze zu suchen, bis zu welcher die Genossenschaft eine egoistische Tendenz verfolgen darf, ohne den sie von anderen Organisationen abgrenzenden Wirkungsbereich zu verlassen.

Wenn man die genossenschaftliche Tätigkeit näher untersucht, so ist zu beobachten, daß sie sich in einzelne, von einander zu trennende Phasen unterteilen läßt. Soweit die Förderung den Einsatz von Kapitalmitteln bedingt, muß notwendigerweise jeder einzelnen Förderungsleistung eine Phase vorausgehen, in der das Kapital erwirtschaftet wird. Die Genossenschaft muß daher in einem Teilbereich ihrer Tätigkeit egoistische Ziele verfolgen. Es sind somit zwei Stufen zu unterscheiden: Auf der ersten Stufe

---

1) Darunter werden hier alle Erträge - gleich ob erwerbswirtschaftliche Gewinne, Erübrigungen im Mitgliedergeschäft oder sonstige Einnahmen - verstanden.

2) Vgl. auch Westermann, Rückvergütung a.a.O., S. 9.

nimmt die Genossenschaft Kapital in Form von Geschäftsguthaben, Fremdmitteln, Überschüssen etc. ein, um das damit erarbeitete Vermögen auf der zweiten Stufe als Förderung an die Mitglieder zu verteilen. Weil die Erzielung von Überschüssen letztlich die Förderung ermöglicht und insoweit dem Zweck der Genossenschaft entspricht, muß dieser eine egoistische Betätigung auf der Stufe der Kapitalerlangung gestattet sein. Die Genossenschaft wird also auch auf dieser Stufe nicht um ihrer selbst willen tätig, sondern mit dem Ziel, eine wirksame Förderung zu erbringen. Ihre Tätigkeit ist zwar im Hinblick auf das Endziel der Förderung, nicht aber auf das gegenwärtige Erscheinungsbild erwerbs- und wirtschaftsbezogen. Auf der Stufe der Kapitalerlangung unterscheidet sich die Genossenschaft äußerlich also nicht - wohl aber in der Tendenz - von einem erwerbswirtschaftlichen Unternehmen.

Auch äußerlich weicht sie dagegen von diesem auf der Stufe der Kapitalverteilung ab. Denn die Gewinne werden nicht einbehalten oder als Dividende ausgeschüttet, sondern unmittelbar zur Unterstützung der Mitgliederbetriebe oder der Mitgliederwirtschaften verwandt. Da nicht die Kapitalerlangung und die Kapitalhortung das eigentliche Ziel der Genossenschaft ist, liegt das Hauptgewicht ihrer Betätigung naturgemäß auf der zweiten Stufe, auf der sie - auch für einen Außenstehenden erkennbar - erwerbs- und wirtschaftsbezogen handelt. Weil sich die Genossenschaft im Unterschied zu allen anderen Organisationen auf jeder Stufe zumindest tendenziell erwerbs- und wirtschaftsbezogen zu betätigen hat, verletzt sie nicht die abgrenzende Funktion ihres Wirkungsbereichs, wenn sie Überschüsse erzielt.

Man könnte gegen die "Zwei-Stufen-Theorie" einwenden, daß die Zuordnung bestimmter Vorgänge zu den einzelnen Stufen schwierig sei. Auch könnte das Förderungsprinzip dadurch ausgehöhlt werden, daß ein möglichst großer Teil der genossenschaftlichen Betätigung willkürlich in den Bereich der Kapitalerwirtschaftung verlegt wird.

Diese Bedenken sind indes unbegründet, wie an einem Beispiel verdeutlicht werden soll. Ein Genossenschaftsvorstand könnte

etwa versuchen, Überschüsse den Rücklagen zuzuführen und als Maßnahme der Kapitalerwirtschaftung zu deklarieren, um - ohne Rücksicht auf die genossenschaftlichen Grundsätze - Rücklagen in beliebiger Höhe anzuhäufen.

Diese Maßnahme läßt sich auch nach der Zwei-Stufen-Theorie nicht rechtfertigen. Denn die Genossenschaft hat auch auf der Stufe der Kapitalerlangung die "Tendenz zur Förderung", d.h. die Kapitalerlangung muß stets unter dem Aspekt der erwerbs- und wirtschaftsbezogenen Förderung betrachtet werden. Der Genossenschaftsvorstand, der vor der Schwierigkeit steht, einerseits die Überschüsse im Interesse einer soliden Eigenkapitalbasis den Rücklagen zuzuführen, andererseits aber dieselben in Förderungsleistungen an die Mitglieder umsetzen zu müssen, hat nur die Möglichkeit, das Optimum an Förderung zu wählen.

Der Vorteil der Zwei-Stufen-Theorie besteht darin, daß sie eine beschränkt gewinnorientierte und eigenständige Betätigung mit dem Förderungsprinzip in Einklang bringt: Die Genossenschaft darf zwar Überschüsse erwirtschaften, ist dabei und bei deren Verteilung aber an besondere Grundsätze gebunden.

Nach allem lassen die Bedürfnisse der Wirtschaftspraxis, das äußere Erscheinungsbild der modernen Großgenossenschaft und rechtsdogmatische Überlegungen die Bindung der Wohnungsgenossenschaften zugunsten einer gewinnorientierten Wirtschaftsführung auf Teilbereichen als zulässig erscheinen.

2. Die Vereinbarkeit mit dem Förderungsprinzip

Im Rahmen des Fondsprojekts ist zwischen der Beteiligung der Primärgenossenschaften an den Zentralen und der der Zentralen an der Kommanditgesellschaft zu unterscheiden.

a) Die Beteiligung an den Zentralen

Insoweit werden regelmäßig Entscheidungsbefugnisse und Aufgaben auf Teilbereichen der genossenschaftlichen Betätigung auf eine

Zentrale übertragen.

Soweit es sich dabei um Maßnahmen zur Rationalisierung und Kostenersparnis handelt, wird die Primärgenossenschaft auf der Stufe der Kapitalerlangung tätig. Da das - eingesparte - Kapital zur Baufinanzierung verwandt werden soll, ist die Beteiligung tendenziell zur Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder bestimmt.

Fraglich könnte jedoch sein, wie sich die Bindung des Geschäftsbetriebs an eine gewinnorientierte Wirtschaftsführung auf die Zulässigkeit der Beteiligung auswirkt.

Für die Primärgenossenschaften ergibt sich keine Änderung. Denn die Beteiligung an der Zentrale ist auch insoweit eine Maßnahme auf der Stufe der Kapitalerlangung, dient letztlich der Förderung der Mitgliederwirtschaften und steht daher mit dem Förderungsprinzip in Einklang.

b) Die Tätigkeit der Zentralen

Soweit die Zentralen nicht in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft organisiert sind, sind sie nicht an § 1 GenG gebunden und dürfen ohne Einschränkung Gewinne erzielen.

Zweifel an der Zulässigkeit bestehen nur dann, wenn die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft gewählt wird oder wenn sich die Zentralen zwar in einer kapitalistischen Rechtsform, aber getreu der genossenschaftlichen Grundidee betätigen wollen.

Ihre Funktion als Komplementär oder als Fondsträger ist darauf ausgerichtet, das für den Wohnungsbau erforderliche Kapital aufzubringen. Es handelt sich daher ebenfalls um Maßnahmen auf der Stufe der Kapitalerlangung. Zweifelhaft kann nur sein, ob diese Maßnahmen erwerbs- und wirtschaftsbezogen sind.

Sowohl die Ausgabe der Zertifikate, als auch die Übernahme der Funktion des Bauherrn und die Verpachtung der Wohnungen an die Primärgenossenschaften dienen letztlich der Versorgung der wohnungssuchenden Genossenschaftsmitglieder. Soweit eine

Dividende erwirtschaftet werden soll, geschieht dies nicht als Endzweck. Auch unterscheiden sich die Ausschüttungen an die Zertifikatinhaber zumindest faktisch nicht von der Verzinsung für aufgenommene Kredite. Den Genossenschaften ist es aber weitgehend gestattet, Fremdmittel aufzunehmen und zu verzinsen. Daß die "Kredit"-geber im vorliegenden Fall mit den Förderungsempfängern weitgehend identisch sind, kann in diesem Zusammenhang keine Bedeutung haben. Die Tätigkeit der Zentralen ist insoweit mit dem Förderungsprinzip zu vereinbaren.

c) Die Beteiligung an der Kommanditgesellschaft

Die Beteiligung der Zentralen - oder ggf. einer einzelnen Genossenschaft - an der Kommanditgesellschaft ist ebenso zu beurteilen wie die Beteiligung der Primärgenossenschaften an den Zentralen. Da die Kommanditgesellschaft die Versorgung der Mitglieder mit Wohnungen, d.h. für die Genossenschaften die Errichtung dieser Wohnungen als einer wirtschaftsbezogenen Aufgabe auf der Stufe der Kapitalverteilung übernimmt, ist deren gesamte, damit im Zusammenhang stehende Tätigkeit tendenziell förderungsbezogen. Das schließt die Ausgabe der Zertifikate, den Bau der Wohnungen, deren Verpachtung und die Verteilung der Dividende ein. Daher dient auch die Beteiligung der Genossenschaften an der Kommanditgesellschaft der Förderung der Mitglieder.

d) Der Gang der Förderung im einzelnen

Eine andere Frage ist es, ob die Förderung in der im Einzelfall erbrachten Form mit dem Genossenschaftsgesetz im Einklang steht. Die folgende schematische Darstellung soll die Möglichkeiten des Verlaufs der materiellen Förderungsleistung aufzeigen:

Fonds I

Gruppe 1) : KG ⟶ Zentrale ⟶ Primärgen. ⟶ Mitglied

Gruppe 2) : KG ⟶ Mitglied

Gruppe 3) : KG ⟶ Primärgen. ⟶ Mitglied

Fonds II

Gruppe 1) : Zentrale ——→ Primärgen. ——→ Mitglied
Gruppe 2) : Zentrale ————————→ Mitglied

Die hier dargestellten unterschiedlichen Wege der Förderung lassen sich in Gruppen mit vergleichbaren Grundzügen einteilen :

aa) Gruppe 1) bezeichnet jeweils den Förderungsweg, der dem Weg der Beteiligungen entspricht. Die Förderungsleistung geht von der höheren auf die nächst niedrigere Einheit über, bis sie zum wohnungssuchenden Mitglied als Endempfänger gelangt.

bb) In der Gruppe 2) ist die Förderung "kurzgeschlossen", d.h. sie wird von der Einheit, welche die Wohnungen herstellt, direkt zum Wohnungssuchenden durchgegeben, ohne dem Umweg über die Beteiligungen zu folgen. Diese Art der Förderung findet immer dann statt, wenn die Einheit, welche die Wohnungen errichtet, diese direkt den Genossenschaftsmitgliedern überläßt, ohne sie zunächst an die Primärgenossenschaften zu verpachten.

Da der Fonds mit dem Vermietungsrisiko und zusätzlichem Verwaltungsaufwand belastet wird, dürfte diese Konstruktion kaum praktisch werden. Gleichwohl soll sie - zusammen mit Gruppe 3) - im folgenden gewürdigt werden, da sie in ihrer rechtlichen Problematik im wesentlichen der praktisch bedeutsamen Förderungsgruppe 3) entspricht.

cc) Diese ist nur bei Fonds I denkbar und nimmt hinsichtlich ihrer tatsächlichen Konstruktion eine Mittelstellung zwischen Gruppe 1) und 2) ein. Der Weg der Förderung ist nur durch die Aussparung der Zentrale verkürzt. Die Förderung wird also formal von der Kommanditgesellschaft auf die Primärgenossenschaften und von diesen an ihre Mitglieder erbracht. Sie nimmt diesen Weg stets dann, wenn die fertiggestellten Wohnungen zunächst an die Primärgenossenschaften verpachtet und dann an die Wohnungssuchenden weitergegeben werden.

(1) Der Förderungsweg der Gruppe 1) entspricht den traditionellen Formen der Förderung am meisten, da jede genossenschaftliche Einheit von "ihrer" Genossenschaft oder von der nächst höheren Einheit gefördert wird.

Als Förderung kann nicht Wohnraum übereignet werden. Denn die Zentrale oder die Kommanditgesellschaft darf auf das Grundeigentum wegen dessen Sicherungsfunktion hinsichtlich des Zertifikatvermögens entweder nicht verzichten oder wegen dessen treuhänderischer Bindung nicht verfügen. Es kann daher nur ein Belegungsrecht, Wohnrecht o.ä. weitergegeben werden. Die schuldrechtliche Grundlage bildet ein Belegungsvertrag gemäß §§ 241, 305 BGB mit wesentlichen Elementen des Pachtvertrages - §§ 581 ff. BGB - zwischen der höheren und der nächst tieferen Einheit. Soweit die Wohnungen an die Endabnehmer weitergegeben werden, kommen im wesentlichen mietvertragliche Vorschriften - §§ 535 ff. BGB - zur Anwendung.

Jede Einheit ist zumindest für eine juristische Sekunde Förderungsempfänger und/oder Förderungsgeber. Daher wird das Förderungsprinzip insoweit nicht verletzt.

(2) Anders könnte sich die Zulässigkeit der Beteiligungen beurteilen, wenn die Förderung ihren Weg den Gruppen 2) und 3) entsprechend nimmt.

Zunächst kann das Verhältnis zwischen der Kommanditgesellschaft und der Zentrale außer Betracht bleiben, da im Verhältnis zwischen diesen Einheiten eine Förderungspflicht nicht besteht.

Es wird davon ausgegangen, daß die Zentrale ansonsten das Förderungsprinzip zu beachten hat, weil sie entweder die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft benutzt oder sich als Kapitalgesellschaft getreu der genossenschaftlichen Grundidee betätigen will. Es sind daher zwei verschiedene Förderungspflichten zu unterscheiden : Einmal die Förderungspflicht der Primärgenossenschaften gegenüber ihren wohnungssuchenden Mitgliedern, zum anderen die Förderungspflicht der

Zentralen gegenüber den angeschlossenen Primärgenossenschaften.

a) Da die Primärgenossenschaften den eigenen Wohnungsbau fortführen, fördern sie ihre Mitglieder unabhängig davon, ob sie auch im Zusammenhang mit dem Fondsprojekt eine Förderung erbringen.

b) Bei der Förderungsgruppe 2) werden die Primärgenossenschaften vom Weg der Förderung nicht berührt, da die Kommanditgesellschaft oder die Zentrale die Wohnungen unmittelbar den Endabnehmern überläßt. Im Rahmen der Förderungsgruppe 3) versorgt die Kommanditgesellschaft als Bauherr die Primärgenossenschaften unter Aussparung der Zentrale mit Wohnungen. Bei den Förderungsgruppen 2) und 3) könnte es daher zweifelhaft sein, ob auch die Zentralen ihren Primärgenossenschaften gegenüber den Förderungsauftrag erfüllen (aa). Bei Gruppe 2) kommt die Frage hinzu, ob auch diejenigen Mitglieder der Primärgenossenschaften, denen die Wohnungen direkt von der Kommanditgesellschaft oder der Zentrale übergeben werden, von ihrer Primärgenossenschaft in zulässiger Weise gefördert werden (bb).

aa) Die Zentralen könnten mit der Versorgung der Endabnehmer zugleich ihrer Förderungspflicht gegenüber den Primärgenossenschaften genügen, wenn deren Mitglieder zugleich Mitglieder der Zentralen wären.

Eine sogenannte "mittelbare Mitgliedschaft" ist jedoch nach überwiegender Ansicht nicht möglich [1]. Denn für die eingetragene Genossenschaft regelt § 15 GenG den Beitritt zu den Genossenschaften abschließend [2]. Nach § 15 Abs. 1 GenG entsteht die Mitgliedschaft durch eine unbedingte Beitrittser-

---

1) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 214; Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 62.

2) Vgl. Meyer-Meulenbergh a.a.O., § 15 Anm. 6

klärung des Eintretenden, durch Zulassung durch den Vorstand [1] und Eintragung in die Liste der Genossen [2]. Die herrschende Meinung folgert daraus, daß eine Mitgliedschaft, die nicht an diese Voraussetzungen gebunden ist, ausscheiden muß.

Dies würde für Genossenschaften außerhalb des Genossenschaftsgesetzes [3] entsprechend gelten. Dabei mag es letztlich dahinstehen, ob man eine mittelbare Mitgliedschaft schlechthin für unzulässig ansehen oder - wenn man sie bejaht - sie besonderen Grundsätzen unterwerfen sollte. Auf jeden Fall muß es vermieden werden, über eine mittelbare Mitgliedschaft die genossenschaftlichen Grundsätze auszuhöhlen. Würde man diese schlechthin für zulässig halten, so könnte darin durchaus ein Widerspruch zum Förderungsprinzip liegen. Einmal würde die Förderungsleistung der Genossenschaften zum großen Teil einem Personenkreis zugute kommen, der nur die mit der Mitgliedschaft verbundenen Rechte und nicht die entsprechenden Pflichten für sich in Anspruch nehmen würde; damit könnte sich die Genossenschaft in ihrem herkömmlichen Selbstverständnis als "Selbsthilfeorganisation in Solidarität" beeinträchtigt sehen. Zum anderen würde der Kreis der Förderungsempfänger nicht unerheblich ausgedehnt werden. Es besteht daher die Gefahr einer unkontrollierbaren Umgehung des Förderungsprinzips. Die Bedeutung und Funktion dieses Prinzips lassen es wünschenswert erscheinen, den Gang der Förderung in jedem Einzelfall überprüfen zu können. Die pauschale Zulässigkeit der Förderung von Mitgliedern der verbundenen Unternehmen würde dem nicht hinreichend Rechnung tragen.

Es mögen zwar Zweckgeschäfte zwischen den Zentralen und den Mitgliedern der Primärgenossenschaften zulässig sein - wie etwa deren Belieferung aus einer durch die Zentrale betrie-

---

1) Vgl. Meyer-Meulenbergh a.a.O., § 15 Anm. 3.

2) Vgl. auch Hueck a.a.O., S. 253.

3) Im Hinblick auf die Zentralen in der Rechtsform der GmbH oder der Aktiengesellschaft.

benen Großküche. Die Zulässigkeit ergibt sich aber nicht ohne weiteres aus der mittelbaren Mitgliedschaft der Begünstigten. Vielmehr könnten diese als Nichtmitglieder berechtigterweise in die Förderung der Zentrale mit einbezogen worden sein.

Im vorliegenden Fall ist daher die Förderung der Primärgenossenschaften durch die Zentralen im einzelnen zu untersuchen.

Sie könnte darin zu sehen sein, daß die Zentralen die Mitglieder der Primärgenossenschaften fördern. Auch die Übernahme einer fremden Leistungspflicht kann als Förderung angesehen werden. Denn die Befreiung von einer Verbindlichkeit stellt sich für den Schuldner - hier: die Primärgenossenschaft - ebenfalls als ein erwerbs- und wirtschaftsbezogener Vorteil dar, wenn dadurch Aufwendungen für die Förderung erspart werden.

Zunächst müßte eine Leistungspflicht der Genossenschaft gegenüber ihren Mitgliedern bestehen. Im Genossenschaftsgesetz ist keine Bestimmung enthalten, die einen ausdrücklichen Anspruch auf Förderung gewährt. Da das Förderungsprinzip jedoch unabdingbar ist und die Genossenschaft sich der Pflicht, ihre Mitglieder zu fördern, nicht entziehen kann, muß das einzelne Mitglied auch einen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Förderung haben [1]. Dieser kann auf §§ 1, 18 GenG in Verbindung mit der betreffenden Bestimmung in der Satzung der einzelnen Genossenschaft[2] gestützt werden.

---

1) Vgl. Westermann, Rückvergütung a.a.O., S. 10.

2) Vgl. z.B. § 12 Abs. 2 der Mustersatzung a.a.O., der den Mitgliedern das Recht einräumt, die Nutzung einer Genossenschaftswohnung oder die Baubetreuung der Genossenschaft bei Errichtung eines Siedlungshauses zu verlangen.

Zwar will Paulick [1] dem Mitglied nur einen Anspruch auf "Benutzung der gemeinschaftlichen Einrichtungen nach Maßgabe der Satzung" geben. Er scheint jedoch davon auszugehen, daß das Recht auf Benutzung der gemeinschaftlichen Einrichtungen mit dem Recht auf Förderung identisch ist. Dem ist entgegenzuhalten, daß das Recht auf Benutzung der gemeinschaftlichen Einrichtungen zwar ein Bestandteil, unter Umständen auch der vollständige Inhalt der Förderungsleistung sein kann, dies aber nicht sein muß. Denkbar ist es, daß die Genossenschaft ihren Mitgliedern Leistungen erbringt, ohne damit zugleich ihre Einrichtungen zur Verfügung zu stellen. Leitet man das Recht auf Benutzung der Einrichtungen als Bestandteil oder als Konkretisierung des Förderungsprinzips allein aus der Existenz dieses Prinzips her, so muß sich auch der Anspruch auf Förderung daraus herleiten lassen.

Die der Primärgenossenschaft gegenüber ihren Mitgliedern obliegende Förderungspflicht wird von der Zentrale übernommen. Zweifel bestehen allerdings daran, ob nicht die Übernahme einer fremden Förderungspflicht mit dem Merkmal "mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs" in § 1 GenG im Widerspruch steht. Aus dem Wortlaut könnte gefolgert werden, daß die Förderung "eigenhändig" zu erbringen sei. Da die Genossenschaft als Selbsthilfeorganisation verstanden wird, zu der sich die Mitglieder in solidarischer Zusammenarbeit zu verbinden haben, könnte die Förderung als Produkt dieser Verbindung erscheinen. Sie müßte dann begriffsnotwendig von der eigenen Genossenschaft erbracht werden.

Wie allgemein anerkannt ist, hat die Genossenschaft ein eigenes Unternehmen zu betreiben, aus deren Benutzung die Förderung der Mitglieder unmittelbar folgen muß [2]. Unzulässig

---

1) Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 190

2) Vgl. Meyer-Meulenbergh a.a.O., § 1 Anm. 1 d.

ist daher die Eintragung einer Genossenschaft, die ihren Geschäftsbetrieb einem Dritten übertragen wird [1].

Etwas anderes soll dann gelten, wenn eine schon eingetragene Genossenschaft ihren Geschäftsbetrieb abgibt und ihre sonstigen Pflichten beachtet. In diesem Fall bietet das Genossenschaftsgesetz keine Handhabe einzuschreiten [2].

Es mag dahinstehen, ob die Genossenschaft nicht nach § 81 GenG zwangsweise aufgelöst werden kann, wenn sie den in § 1 GenG gezogenen Tätigkeitsrahmen nicht ausfüllt. Jedenfalls kann es nicht befriedigen, einen Mißbrauch der Betätigung nur deshalb zu gestatten, weil das Gesetz keine Sanktionen vorsieht. Daß der Tätigkeitsrahmen verletzt ist und somit eine dem Gesetz nicht entsprechende Betätigung vorliegt, zeigt die fehlende Eintragungsfähigkeit der betreffenden Genossenschaft. Es liegt daher näher, jede vollständige Abgabe des Geschäftsbetriebs auf einen Dritten zu verbieten [3].

In der Übertragung eines Teils der Förderung ist notwendig die Übertragung von Verwaltungsfunktionen enthalten, die zum Geschäftsbetrieb zu rechnen sind. Diese Maßnahme wäre nach der einen o.a. Ansicht zulässig, da die Primärgenossenschaften bereits eingetragen sind.

Wenn man hingegen die Auffassung vertritt, daß die Übertragung des Geschäftsbetriebs auf Dritte auch für eine schon eingetragene Genossenschaft unzulässig ist, stellt sich die Frage, ob dies auch für die Übertragung eines Teils des Geschäftsbetriebs gilt und in welchem Umfang die Übertragung ggf. gestattet ist.

---

1) Vgl. Parisius-Crüger a.a.O., § 1 Anm. 18; anderer Ansicht: Meyer-Meulenbergh a.a.O., der sich zu Unrecht auf Parisius-Crüger beruft.

2) Vgl. Parisius-Crüger a.a.O., § 1 Anm. 18.

3) Vgl. Maurer-Birkenbihl a.a.O., S. 34.

Der Sinn und Zweck des Verbots besteht darin, den Fortbestand des Förderungsprinzips in einer ganz bestimmten Ausgestaltung - Förderung durch die genossenschaftliche Selbsthilfeeinrichtung - zu gewährleisten. Der so garantierte Wesensschutz der Genossenschaft wird allenfalls durch die Übertragung des gesamten Geschäftsbetriebs, nicht aber durch die bestimmter Teilbereiche angegriffen.

Es ist in der gegenwärtigen Genossenschaftspraxis durchaus üblich, Teile des Geschäftsbetriebs auf Dritte zu übertragen, wie die Ausgliederung von Rechtsberatungs- und sonstigen Betreuungsunternehmen zeigt. Seit langem werden darüber hinaus "Lieferantenverträge" von Konsumvereinen mit Dritten abgeschlossen, deren Zulässigkeit seit dem Urteil des Reichsgerichts vom 8.12.1911 [1] nicht mehr angezweifelt wird [2]. Im Rahmen dieser Verträge werden Dritte teilweise in den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft mit einbezogen. Daher hatte das Reichsgericht in der begrenzten Abgabe des Geschäftsbetriebs an Dritte keinen Verstoß gegen das Genossenschaftsgesetz gesehen.

Nach allem muß die Übertragung des Geschäftsbetriebs in dem Umfang zulässig sein, bis zu dem die solidarische Zusammenarbeit der Mitglieder untereinander nicht im Kernbereich gestört ist. Erst ein Eingriff nach "Quantität, Intensität und Intension" kann den Kernbereich des Wesensschutzes treffen [3].

Eine Störung besteht im vorliegenden Fall somit erst dann, wenn Funktionen von einer derartigen Menge und Bedeutung übernommen worden sind, daß nur eine geringe Anzahl unbedeutender Aufgaben bei den Primärgenossenschaften verbleiben würde.

---

1) - II 245/11 (RGZ 78 S. 78 - 84).

2) Vgl. Meyer-Meulenbergh a.a.O., § 1 Anm. 1 d; Parisius-Crüger a.a.O., § 1 Anm. 18 und 39.

3) Vgl. die Prüfung des Gewaltenteilungsprinzips im Staatsrecht, der eine gleichartige Fallgestaltung zugrunde liegt, Maunz-Dürig a.a.O., Art. 20 A.81.

Ein derartiger Eingriff kann indes nicht festgestellt werden. Da der Wohnungsbau über das Fondsprojekt zusätzlich zu den eigenen Baumaßnahmen durchgeführt werden soll, wird kein zu großer und zu bedeutender Teil des Geschäftsbetriebs abgegeben. Auch ist kein Wille erkennbar, den Wesensschutz der Genossenschaft anzutasten. Daher ist die Übertragung von Verwaltungsbefugnissen im Rahmen der Fondsfinanzierung mit dem Genossenschaftsgesetz zu vereinbaren.

Es ist daher nicht erforderlich, die Genossenschaftsmitglieder im vollen Umfang "eigenhändig" zu fördern. Auch § 267 Abs. 1 BGB steht dem nicht entgegen. Die Zentralen erfüllen ihren Förderungsauftrag dadurch, daß sie es den Primärgenossenschaften abnehmen, deren Mitglieder zu fördern.

Wenn die Wohnungen nicht von der Zentrale, sondern von der Kommanditgesellschaft unmittelbar an die Endabnehmer oder an die Primärgenossenschaften übergeben werden, so gilt das oben Ausgeführte entsprechend. Die Förderung der Zentrale gegenüber den Primärgenossenschaften besteht darin, daß sie diesen die mit dem Fondsprojekt verbundenen Aufgaben und Lasten durch die Beteiligung an der Kommanditgesellschaft abnimmt. Innerhalb der oben aufgezeigten Grenzen ist es ihr freigestellt, auf welche Art und durch wen sie die Primärgenossenschaften fördert. Sie kann sich dazu insbesondere einer Kommanditgesellschaft bedienen [1].

bb) Damit steht zugleich fest, daß auch diejenigen wohnungssuchenden Mitglieder, denen Wohnraum unmittelbar von der Zentrale oder der Kommanditgesellschaft angeboten wird, von ihrer Primärgenossenschaft in zulässiger Weise gefördert werden. Denn die Primärgenossenschaften haben die Förderung dieser Mitglieder zu Recht der Zentrale oder der Kommanditgesellschaft übertragen.

---

1) Welling (a.a.O., S. 176, Fußn.591) beschreibt einen vergleichbaren Fall: Eine Konsumgenossenschaft beteiligt sich an einer Brotfabrik, damit diese die Genossen mit Brot zu Vorzugspreisen beliefert.

IV. Der Einfluß der Nichtmitgliedergeschäfte auf die Zulässigkeit der Beteiligungen

Nichtmitgliedergeschäfte sind "Geschäfte von der gleichen Art wie Mitgliedergeschäfte, die, ohne daß ein besonderer Notstand vorläge, mit Nichtmitgliedern abgeschlossen werden" [1]. Sie liegen daher stets dann vor, wenn Zweckgeschäfte mit Nichtmitgliedern abgeschlossen werden, d.h. wenn Nichtmitglieder in den Genuß der Förderung gelangen. Nicht darunter fällt der Abschluß von Gegen-, Hilfs- und Nebengeschäften, an denen regelmäßig Nichtmitglieder beteiligt sind [2].

Im Zusammenhang mit der Immobilienfonds-Finanzierung könnten die Vorteile der Genossenschaften von Nichtmitgliedern in drei verschiedenen Fällen in Anspruch genommen werden :

Einmal werden im Rahmen der Förderungsgruppe 2) [3] die Wohnungssuchenden in die Förderung der Zentrale einbezogen, obwohl sie nicht deren Mitglieder sind [4]. Zum anderen werden Immobilienzertifikate an Dritte ausgegeben. Schließlich kann es die Kapazitätsauslastung der Wohnungsunternehmen erfordern, Wohnraum an Nichtmitglieder zu vermieten.

Unterstellt man zunächst einmal, daß es sich in diesen Fällen tatsächlich um Nichtmitgliedergeschäfte handelt, so könnte sich deren Unzulässigkeit aus dem Identitätsprinzip ergeben.

1. Das Identitätsprinzip

§ 1 GenG setzt eine Förderung gerade der Mitglieder mittels eines gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs voraus. Im Fach-

---

1) Vgl. Henzler, Neugestaltung a.a.O., S. 74.
2) Vgl. Klein, Steuerrecht a.a.O., S. 188 f.
3) Vgl. oben S. 89 f.
4) Vgl. oben S. 92 ff.

schrifttum ist vor allem aus dem Merkmal "gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb" [1] neben dem Förderungsprinzip ein eigenständiges "Identitätsprinzip" abgeleitet worden [2]: Die Mitglieder der Genossenschaft sollen als Träger des Unternehmens zugleich seine Kunden sein [3].

Nach dem objektiven Sinn kann in dem Wort "gemeinschaftlich" weder die Stellung der Mitglieder als Kunden, noch die als Unternehmer und auch nicht beides zugleich ausgedrückt sein [4]. Vielmehr bezieht es sich auf ein "irgendwie geartetes" Verhalten der Mitglieder [5]. Wenn diese von ihrer Genossenschaft gefördert werden wollen, müssen sie diese Institution in irgendeiner Weise "benutzen" und werden so zu Kunden der von ihnen selbst getragenen Organisation. So gesehen ergibt sich nahezu zwangsläufig eine gewisse "Identität" zwischen der Genossenschaft selbst und ihren "Benutzern". Schwierigkeiten bereiten aber die systematische Einordnung dieser nur bei Genossenschaften auftretenden Erscheinung und den Auswirkungen, die sich daraus insbesondere deshalb ergeben, weil die "Identität" nicht in jedem Fall, sondern nur unvollkommen in einigen Grenzsituationen sichtbar wird.

Wenn die "Identität" streng durchgeführt worden wäre, wären Auswirkungen in zwei Richtungen zu erwarten: Einmal müßten alle Mittglieder Kunden, zum anderen alle Kunden auch Mitglieder der Genossenschaft sein, d.h. Kontrahierungszwang einerseits und das Verbot von Nichtmitgliedergeschäften andererseits müßten bei den Genossenschaften zumindest als Regelsachverhalt zu erkennen sein. Für beide Fälle bestehen indes erhebliche Zweifel.

---

1) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 60; Messerschmidt a.a.O., S. 119; Welling a.a.O. S. 59; Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 19.

2) Vgl. Paulick, Typenbeschränkung a.a.O., S. 129; er und Brixner, Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 19, halten es für wesensbestimmend.

3) Vgl. Klein, Steuerrecht a.a.O., S. 156.

4) Vgl. Welling a.a.O., S. 59.

5) Vgl. Welling a.a.O., S. 60 ff.

Die Pflicht der Mitglieder, die genossenschaftlichen Einrichtungen zu benutzen, kommt einem Abnahme- und Kontrahierungszwang gleich. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung besteht in dieser Frage nicht. Auch die Genossenschaftspraxis hat eine derartige Verpflichtung in der Regel nicht eingeführt. Die eine Seite des Identitätsprinzips findet daher keine rechtliche Stütze. Da ein Prinzip stets zumindest einen Regelsachverhalt enthält, kann insoweit kaum von einem Prinzip gesprochen werden.

Eine ähnliche Tendenz läßt sich bei der anderen Seite des "Identitätsprinzips" beobachten. Ein Verbot der Nichtmitgliedergeschäfte läßt sich insbesondere nicht mit dem Hinweis auf den traditionellen Wirkungskreis der Genossenschaft begründen. Z.B. hat die Genossenschaft der Redlichen Pioniere von Rochdale, die den deutschen Genossenschaften weitgehend als Vorbild gedient hat, in größerem Umfang Geschäfte mit Nichtmitgliedern abgeschlossen. An diese wurden sogar Warenrückvergütungen ausgeschüttet, wenn auch weniger als an die Mitglieder [1]. Nach dem preußischen Genossenschaftsgesetz von 1867 [2] waren Nichtmitgliedergeschäfte erlaubt. Dies wurde durch das "Gesetz betreffend die Deklaration des § 1 des Gesetzes vom 4. 7.1868" vom 19. 5.1871 ausdrücklich bestätigt [3]. Ein Antrag des preußischen Hauses der Abgeordneten, das Nichtmitgliedergeschäft zu verbieten, wurde abgelehnt [4].

Nach dem geltenden Recht [5] sind Nichtmitgliedergeschäfte in Verbindung mit einer entsprechenden Satzungsbestimmung zulässig, soweit es sich um "ergänzende" Nichtmitgliedergeschäfte handelt [6]. Wenn man schließlich die öffentlich-rechtlichen

---

1) Vgl. Welling a.a.O., S. 58, unter Berufung auf Pfeiffer, Über Genossenschaftswesen, Leipzig 1863, S. 79, 83.

2) Vgl. bei Parisius-Crüger a.a.O., Einleitung S.7.

3) Vgl. Parisius-Crüger a.a.O., Einleitung S. 7.

4) Vgl. StenBer. 1866, S. 1268.

5) Vgl. § 8 Abs. 1 Ziff. 5 GenG.

6) Vgl. Westermann, Neugestaltung a.a.O., S. 95 ff. (99); Weippert a.a.O., S. 109; von Caemmerer a.a.O., S.173 f.; Welling a.a.O., S. 147 f.; Henzler, Neugestaltung a.a.O., S. 75; Klein, Steuerrecht a.a.O., S. 159.

Genossenschaften hinzuzieht, bei denen die Förderung regelmäßig Nichtmitgliedern zugute kommt [1], kann von einem allgemeinen Verbot der Nichtmitgliedergeschäfte nicht gesprochen werden.

Für die systematische Einordnung der "Identität" von Kunden und Unternehmern folgt daraus, daß es nicht sinnvoll ist, diese zum Prinzip zu erheben. Zwar ist sie ein Merkmal, das nur bei Genossenschaften zu finden ist. Da es aber nicht bei allen Genossenschaften und in jedem Einzelfall anzutreffen ist, muß es als wesensnotwendiges Prinzip ausscheiden [2].

Zwar will z.B. Brixner [3] das Identitätsprinzip "unabhängig vom geltenden Recht" für die Genossenschaften im Grundsatz beibehalten, um eindeutige Abgrenzungsgrundlagen als "Vorbeugung gegen Entartungserscheinungen" zu gewinnen. Dieses Argument kann jedoch nicht überzeugen. Denn das Förderungsprinzip und das Personalitätsprinzip reichen zur Abgrenzung gegenüber anderen Organisationen aus. Die Genossenschaft ist als körperschaftliche Organisation, deren Angehörige einen mitgliedschaftsrechtlichen Status haben und die ihre Angehörigen auf dem Wege der Selbsthilfe fördert, hinreichend exakt bestimmt, ohne daß es einer ausdrücklichen Erwähnung des Identitätsprinzips bedarf.

Zweifelhaft ist allerdings, wo die Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auf Nichtmitglieder seine Grenze findet.

Es kann nicht befriedigen, diese Grenze in der "Natur der Genossenschaft" zu suchen [4]. Einmal ist dieser Begriff wegen seiner Unklarheit nicht geeignet, einen anderen Begriff zu bestimmen. Zum anderen soll das "Identitätsprinzip" gerade mit dazu dienen, die "Natur der Genossenschaft" zu umschreiben. Die Beschränkung des Nichtmitgliedergeschäfts durch die "Natur der Genossenschaft" ist daher letztlich ein Zirkelschluß.

---

1) Vgl. dazu im einzelnen Klein-Scheder a.a.O., S. 261 f.
2) So im Ergebnis auch Welling a.a.O., S. 57 f., 148 ff., 151.
3) Zweckmäßigkeit a.a.O., S. 19.
4) so aber Parisius-Crüger a.a.O., § 8 Anm. 15.

Nach allem ist die "Identität" von Kunden und Unternehmern allein als Ausfluß des Förderungsprinzips anzusehen. Dieses besagt insoweit, daß der Kreis der Fördernden mit dem der Zu-Fördernden identisch ist. Demzufolge bietet sich das Förderungsprinzip als Mittel zur Beschränkung der Nichtmitgliedergeschäfte an. Da eine Förderung regelmäßig nur durch den Abschluß von Zweckgeschäften mit Mitgliedern erbracht werden kann, ist die Vornahme von Nichtmitgliedergeschäften in der Regel keine Förderung. Da diese der einzige Zweck ist, den die Genossenschaft verfolgen darf, verläßt sie den ihr zugewiesenen Tätigkeitsbereich, wenn sie Zweckgeschäfte mit Dri ten vornimmt. Sie darf daher Nichtmitgliedergeschäfte nur dann abschließen, wenn diese nicht zum Selbstzweck der genossenschaftlichen Betätigung werden [1], d.h. wenn diese der Förderung der Mitglieder untergeordnet sind. Eine Unterordnung liegt vor, wenn die Nichtmitgliedergeschäfte die Förderung verbessern, erleichtern oder diese überhaupt erst ermöglichen.

Sehr weit geht Welling [2], da er Nichtmitgliedergeschäfte schon dann für erlaubt hält, solange die Förderung der Mitglieder Hauptzweck der Genossenschaft ist. Damit wären Geschäftsabschlüsse mit Dritten statthaft, die nicht im Zusammenhang mit der Mitgliederförderung stehen. Diese Ansicht erscheint daher in ihren Auswirkungen nicht unbedenklich. Sie würde es den Genossenschaften erlauben, sich außerhalb ihres eigentlichen Förderungszwecks und damit außerhalb des in § 1 GenG gezogenen Organisationsrahmens zu betätigen.

2. Die Vereinbarkeit mit dem Förderungsprinzip

a) Die Versorgung von Mitgliedern der Primärgenossenschaften mit Wohnraum durch die Zentrale

Wenn der fertiggestellte Wohnraum den Wohnungssuchenden über-

---

1) Vgl. Westermann, Neugestaltung a.a.O., S. 95; Henzler, Neugestaltung a.a.O., S. 75; Weippert, a.a.O., S. 109 ff.

2) A.a.O., S. 93.

lassen wird, liegt ein Zweckgeschäft vor, das in Erfüllung des Förderungsauftrags regelmäßig mit Mitgliedern abgeschlossen wird. Da die Abnehmer nicht Mitglieder der Zentralen sind, handelt es sich um ein Nichtmitgliedergeschäft. Die Grundsätze über das ergänzende Nichtmitgliedergeschäft kommen nicht zur Anwendung, weil die gesamte Förderungsleistung Dritten zufließt.

Gleichwohl bestehen Bedenken, ein unzulässiges Nichtmitgliedergeschäft anzunehmen. Denn die Zentrale hat die Förderung der Mitglieder der Primärgenossenschaften in zulässiger Weise [1] übernommen. Ihre Förderung gegenüber den Primärgenossenschaften besteht gerade darin, die Wohnungen an die Endverbraucher abzugeben. Sie erfüllt damit den Förderungsauftrag der Primärgenossenschaften, wird also gleichsam stellvertretend für diese tätig. Die Nichtmitgliedergeschäfte dienen dazu, die Primärgenossenschaften bestimmungsgemäß zu fördern. Sie ermöglichen deren Förderung und sind dieser deshalb untergeordnet. Die Abgabe der Wohnungen steht daher im Einklang mit dem Förderungsprinzip [2].

b) Die Zertifikatausgabe an Dritte

Indem Zertifikate auch an genossenschaftsfremde Personen ausgegeben werden, könnten diese in die Förderung einbezogen sein. Dann müßte die Zertifikatausgabe ein Zweckgeschäft der Genossenschaft sein. Der Zweck des Genossenschaftsbetriebs besteht darin, Wohnraum zu beschaffen und nicht darin, Zertifikate auszugeben. Diese Tätigkeit dient vielmehr faktisch der Aufnahme von Kapital. Sie steht damit in der Nähe der Hilfsgeschäfte, die "im Interesse der Verfolgung des eigentlichen Geschäftszwecks geboten sind ... (und) die Durchführung der

---

1) Siehe oben S. 92 ff. (98).

2) Zu diesem Ergebnis kommt auch Paulick (Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 82), der einen direkten Geschäftsverkehr zwischen der Zentrale und den Mitgliedern der Primärgenossenschaften für unbedenklich hält.

Zweckgeschäfte unmittelbar fördern oder überhaupt erst ermöglichen" [1]. Die Ausgabe der Zertifikate - wie auch die anschließende Ausschüttung der Dividende - ist eine Voraussetzung für die Zweckgeschäfte, weil mit ihrer Hilfe der Wohnungsbau finanziert wird. Da Hilfsgeschäfte regelmäßig mit Dritten abgeschlossen werden, bestehen gegen die Zertifikatausgabe - ebenso wie gegen die Ausschüttung der Dividende - an Dritte keine rechtlichen Bedenken.

c) Die Abgabe von Wohnraum an Dritte

Ein Bedürfnis nach Abgabe von Wohnraum an Nichtmitglieder kann in zwei Fällen bestehen: Einmal kann die Sättigung des Wohnungsmarktes bei ungenügender Drosselung der Bautätigkeit das Wohnungsunternehmen dazu zwingen, zeitweilig mehr Wohnungen fertigzustellen als wohnungssuchende Mitglieder vorhanden sind. Zum anderen kann der Fall eintreten, daß eine Wohnungsgenossenschaft Vorteile in Anspruch nehmen möchte, die gewährt werden, wenn Wohnungen für einen bestimmten Personenkreis bereitgestellt werden, der nicht zu den Mitgliedern gehört.

Zunächst wird die Genossenschaft versuchen, die Interessenten für einen Beitritt zu gewinnen. Gelingt ihr das nicht, so kommt die Förderung Dritten zugute.

In diesem Fall verbilligt sich die Bauleistung, z.B. wegen der Inanspruchnahme günstiger Kredite. Diese Tatsache wirkt sich auch auf die Mitglieder aus, sofern nicht 100% der fertiggestellten Wohnungen an den begünstigten Personenkreis abgegeben werden müssen. Die Förderung der Mitglieder wird durch das Nichtmitgliedergeschäft also erleichtert und verbessert.

Gleichwohl würde ein zu hoher Prozentsatz der Leistung an Nichtmitglieder den Genossenschaftszweck verfälschen, da die Förderung der Mitglieder mehr und mehr zurückgedrängt werden

---

1) Vgl. Klein, Steuerrecht a.a.O., S. 189, unter Berufung auf RFH vom 20.12.1928 - I A 775/28 (StW 1929 Nr. 282).

könnte. Außerdem könnte die Genossenschaftseinheit zerstört und der Wunsch, Mitglied einer Genossenschaft zu sein, beseitigt werden. Daß Nichtmitgliedergeschäfte die Förderung verbilligen, reicht allein nicht aus. Das Erfordernis, Nichtmitgliedergeschäfte stets der Förderung unterzuordnen, läßt es vielmehr nötig erscheinen, bei der Prüfung der Unterordnung auch den quantitativen Umfang der Nichtmitgliedergeschäfte zu beachten.

Anders als in dem oben unter a) behandelten Ausnahmefall besteht die Förderung hier nicht in der Übernahme einer fremden Leistungspflicht und damit gerade im Abschluß der Nichtmitgliedergeschäfte. Im Unterschied zu oben a) besteht daher das Spannungsverhältnis zwischen der Förderung der Mitglieder und der Nichtmitglieder. Damit der Abschluß von Nichtmitgliedergeschäften nicht die Förderung der Mitglieder verdrängt, darf er nicht zum "Hauptzweck" der genossenschaftlichen Betätigung werden. Wann dies der Fall ist, wird sich generell kaum bestimmen lassen. Eine Entscheidung darüber kann vielmehr nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung und Abwägung aller Umstände des Einzelfalls getroffen werden. Allerdings wird eine Vergabe von Wohnungen an Dritte zumindest stets dann unschädlich sein, wenn die Zahl der Nichtmitgliedergeschäfte die der Mitgliedergeschäfte nicht übersteigt.

Die Vergabe von Wohnungen an Nichtmitglieder ist somit unter zwei Voraussetzungen zulässig: Einmal muß sie die Förderung der Mitglieder zumindest erleichtern; zum anderen darf der Umfang dieses Geschäfts nicht mehr als die Hälfte der Gesamtleistung ausmachen.

Das mag folgender - theoretischer - Fall verdeutlichen : Sollten für einen Bauherrn Finanzierungsvorteile bestehen, wenn 60% der erstellten Wohnungen für einen bestimmten Personenkreis zweckgebunden sind, so würde sich eine Wohnungsgenossenschaft nur dann innerhalb des erlaubten Wirkungsrahmens betätigen, wenn es ihr gelänge, etwa 10% der ausersehenen Personen als Mitglieder zu gewinnen. In diesem Fall dürfte die

Vergabe der Wohnungen an Dritte noch den Charakter eines ergänzenden Nichtmitgliedergeschäfts haben und mit dem Förderungsprinzip in Einklang stehen. Da es sich dabei um eine Maßnahme zur Kostensenkung und Rationalisierung auf der Stufe der Kapitalerlangung handelt, reicht die Tendenz zur erwerbs- und wirtschaftsbezogenen Förderung der Mitglieder aus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, weil die Maßnahme letztlich der Versorgung der Mitglieder mit preisgünstigen Wohnungen dient.

Erst recht ist es zulässig, Genossenschaftswohnungen in diesem Umfang mit Nichtmitgliedern zu belegen, wenn der Wohnungsmarkt gesättigt ist und die Wohnungen wegen Nachfragemangels leerstehen würden oder wenn vorhandene Baukapazitäten nicht voll genutzt werden könnten. Der Abschluß von Nichtmitgliedergeschäften kann in diesem Fall ein Absinken der Rentabilität, ein Anwachsen der Kosten und eine finanzielle Mehrbelastung der Mitglieder verhindern [1]. Er begünstigt somit ebenfalls die Mitgliederförderung auf der Stufe der Kapitalerlangung und dient letztlich dem Bau der Wohnungen.

In beiden Fällen dürfen die Wohnungsgenossenschaften Nichtmitgliedergeschäfte vornehmen, soweit diese nicht den Hauptteil der Förderungsleistung in Anspruch nehmen.

V. Die Zulässigkeit der Abgabe von Entscheidungsbefugnissen auf übergeordnete Einheiten

Sollten im Rahmen der Beteiligungen Entscheidungsbefugnisse von den Primärgenossenschaften auf die Zentralen oder die Kommanditgesellschaft abgegeben werden, so bestehen dagegen keine rechtlichen Bedenken.

---

1) Reinhardt (Genossenschaftliche Zusammenschlüsse a.a.O., S. 254) führt als Beispiel für ein zulässiges Nichtmitgliedergeschäft eine Käserei an, die zur Kapazitätsauslastung auch Nichtmitglieder beliefert.

§ 18 Satz 2 GenG steht nicht entgegen. Diese Vorschrift stellt die Satzungsgewalt der Genossenschaften unter Gesetzesvorbehalt. Es ist jedoch nicht ersichtlich, daß die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf wenigen Teilbereichen die Satzung berührt.

Im übrigen verfügt die Genossenschaft als eine Organisation mit körperschaftlicher Grundstruktur über Selbstverwaltungsbefugnis [1] und Autonomie [2]. Daraus leitet sie nicht nur das Recht ab, Entscheidungsbefugnisse an sich zu ziehen, sondern auch, diese abzugeben. Das wird insbesondere am Beispiel der politischen Gemeinden und ihrer Zweckverbände deutlich [3]. Diese Grundsätze werden für die eingetragene Genossenschaft durch § 18 Satz 1 GenG bestätigt.

VI. Wettbewerbsrechtliche Beschränkungen der Beteiligung

Die Zulässigkeit der Beteiligungen ist schließlich unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen [4]. Die Zentralen könnten als ein - verbotenes - Kartell im Sinne des § 1 GWB oder als ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäß § 22 GWB anzusehen sein.

Nach § 1 GWB ist die Bildung von Kartellen in der Regel verboten [5]. Ausnahmen sind für Konditionen-, Rabatt-, Krisen-, Ra-

---

1) Vgl. Wolff II a.a.O., § 84 V.

2) Vgl. Wolff II a.a.O., § 84 V 4, danach kann Autonomie auch in einem privatrechtlichen Satzungsrecht bestehen.

3) Vgl. die Gemeindeordnungen der Bundesländer sowie das Zweckverbandsgesetz in Nordrhein-Westfalen vom 26.4.1961 (GV.NW. S. 190).

4) Es soll nur auf die naheliegendste Problematik eingegangen werden, da auf diesem Gebiet schon ausführliche Untersuchungen vorliegen; vgl. Westermann, Die Bedeutung a.a.O., S. 266 ff.; Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf a.a.O., Marktintegration a.a.O., S.32 ff.

5) Vgl. Müller-Gries-Giessler a.a.O., § 1 Rdnr. 1 - 7.

tionalisierungs-, Spezialisierungs-, Export- und Importkartelle vorgesehen - §§ 2-7 GWB.

Ein marktbeherrschendes Unternehmen hindert zwar die Zulässigkeit der Beteiligung nicht, die Auswirkungen im Einzelfall können aber schwerwiegend sein. Die Kartellbehörde kann einem Unternehmen, das für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist - marktbeherrschendes Unternehmen - ein mißbräuchliches Verhalten untersagen und Verträge für unwirksam erklären [1].

Der Ausschuß für Wirtschaftspolitik hat es bei den Vorberatungen zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich abgelehnt, genossenschaftliche Zusammenschlüsse aus dem Gesetz auszunehmen [2]. Dieses gilt daher auch für Genossenschaften und für Zusammenschlüsse aus Genossenschaften.

1. § 1 GWB setzt einen Kartellvertrag voraus. Darunter ist ein Vertrag zu verstehen, den Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen [3].

a) Der Begriff des kartellrechtlichen Unternehmens ist umstritten. Nach der Definition des Bundeskartellamts ist dieses gekennzeichnet durch "jede nachhaltige, zielgerichtete selbständige Tätigkeit, die auf Austausch von Waren und gewerblichen Leistungen gerichtet ist und sich nicht auf die Deckung des persönlichen Bedarfs beschränkt" [4]. Dagegen hält ein Teil des Schrifttums jede natürliche und jede juristische Person, die sich aktiv und selbständig am Wirtschaftsleben beteiligt, für ausreichend [5].

---

1) Vgl. § 22 Abs. 1, 3 und 4 GWB.

2) In der 195. Beratung, vgl. Müller - Gries - Giessler a.a.O., § 1 Rdn. 6.

3) Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB. Im Gegensatz dazu stehen die "Sonstigen Verträge" im Sinne der §§ 15 ff. GWB.

4) Vgl. bei Müller - Gries - Giessler a.a.O., § 1 Rdn. 71.

5) Vgl. Müller - Henneberg im Gemeinschaftskommentar a.a.O., § 1 Anm. 2.

Der Meinungsstreit kann im vorliegenden Fall dahinstehen, da die Primärgenossenschaften auch nach der engeren Begriffsbestimmung des Bundeskartellamts die Voraussetzungen eines kartellrechtlichen Unternehmens erfüllen. Denn ihre Tätigkeit ist nachhaltig, da sie auf Dauer angelegt ist [1]. Sie ist auf ein bestimmtes Ziel - das des Wohnungsbaues und der Förderung der Mitglieder - gerichtet. Die Tätigkeit ist selbständig, da sie hinsichtlich ihres Gesamtumfangs in keinem dienenden Verhältnis zu Dritten steht. Schließlich erscheinen der Wohnungsbau, die Baubetreuung und die Abgabe von Wohnraum gegen Entgelt auch als Austausch gewerblicher Leistungen [2]; sie dienen nicht der einfachen Bedarfsdeckung, jedenfalls soweit es sich nicht ausschließlich um die Abgabe der Wohnungen an die Mieter handelt. Die Rechtsform der Organisation ist dabei unerheblich; eine Gewinnerzielungsabsicht braucht nicht vorzuliegen [3].

b) Das wesentliche Merkmal eines Kartellvertrages besteht darin, daß die Vertragsparteien einen "gemeinsamen Zweck" anstreben. Wie der Wortlaut andeutet, muß zumindest ein gesellschaftsähnliches Verhältnis zustande kommen. Es ist jedoch nicht nötig, daß ein Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB abgeschlossen wird. Vielmehr reicht es aus, wenn irgendein Gesellschaftsverhältnis oder eine juristische Person begründet werden soll [4]. Auch in diesen Fällen werden, wie bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, bestimmte Zwecke gemeinschaftlich verfolgt.

Als Verträge sind im vorliegenden Fall die Vereinbarungen zwischen den einzelnen Primärgenossenschaften zur Ausgliederung einer gemeinsamen Zentrale - d.h. die entsprechenden Gesellschaftsverträge - anzusehen. Da die Verträge die gemeinsame

---

1) Vgl. Rasch-Westrick a.a.O., § 1 Rdn. 10.

2) Vgl. dazu auch Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar a.a.O., § 1 Anm. 50.

3) Vgl. Rasch-Westrick a.a.O., § 1 Rdn. 10.

4) Vgl. Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar a.a.O., § 1 Anm. 15; Langen a.a.O., § 1 Anm. 28 mit einem Auszug aus der amtlichen Begründung.

Durchführung des Fondsprojekts unter Begründung einer juristischen Person (eingetragene Genossenschaft, GmbH oder Aktiengesellschaft) zum Inhalt haben, erfüllen sie die Voraussetzungen eines Kartellvertrags.

c) Es kommt daher darauf an, ob diese Verträge geeignet sind, die "Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen" [1].

Zweifelhaft ist bereits, ob die durch die Kartellverträge ins Leben gerufenen Zentralen überhaupt auf dem "Markt" in Erscheinung treten. Dazu müßten als Folge der Kartellverträge Maßnahmen von den Primärgenossenschaften oder den Zentralen getroffen werden, die sich "unmittelbar auf den Markt, d.h. auf die Geschäfte mit den Parteien auf der Marktgegenseite" [2] beziehen. Derartige Maßnahmen sind bei keiner der gewählten Fondskonstruktionen zu erwarten, da keine der Zentralen marktorientierte Funktionen wahrzunehmen hat. Vielmehr übernehmen sie Einzelfunktionen der Primärgenossenschaften. Ihre Tätigkeit ist im wesentlichen auf eine zwischenbetriebliche Rationalisierung bei den Primärgenossenschaften gerichtet. Auf dem Wohnungsmarkt erscheinen die Zentralen nicht.

Selbst wenn eine Zentrale bei Fonds II die Funktion des Fondsträgers übernimmt, tritt sie nicht mit (außergenossenschaftlichen) Marktkontrahenten, sondern allenfalls mit den Mitgliedern der Primärgenossenschaften hinsichtlich der Zweckgeschäfte in Geschäftsbeziehungen.

Allerdings kann ein zumindest marktähnliches Verhältnis zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern bestehen [3], da die Mitglieder regelmäßig frei sind, die Leistungen der Genossenschaft in Anspruch zu nehmen oder nicht. Im Rahmen dieses marktähnlichen Verhältnisses kann eine Genossenschaft aber nur

---

1) § 1 Abs. 1 Satz 1 GWB.

2) Vgl. Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar a.a.O., § 1 Anm. 20.

3) Vgl. Henzler, Betriebswirtschaftliche Probleme a.a.O.,S.27.

dann den Wettbewerb beeinflussen, wenn sie durch eine besondere Ausgestaltung der mitgliedschaftlichen Pflichten - z.B. durch Einführung eines Bezugs- und Absatzzwangs - die Führung der angeschlossenen Betriebe in der Absicht der Marktbeeinflussung bindet. Das Mitglied scheidet insoweit als Wettbewerber auf dem Markt aus [1]. In diesem Fall ist ein wesentliches Merkmal der Wettbewerbsbeschränkung - nämlich die Verpflichtung zum Verzicht auf Wettbewerbsmöglichkeiten [2] - erfüllt. Unter den gleichen Voraussetzungen könnte auch eine Zentrale zum Kartell werden.

Im vorliegenden Fall fehlt es indes an einer derartigen Eignung zur Marktbeeinflussung im Sinne des § 1 GWB. Den potentiellen Partnern auf der "Markt"-Gegenseite - den Primärgenossenschaften oder deren wohnungssuchenden Mitgliedern - bleiben Ausweichmöglichkeiten in solchem Umfang, daß für sie weder materielle Nachteile, noch unzumutbare Unbequemlichkeiten [3] entstehen. Das Mitglied einer Genossenschaft hat die Möglichkeit, jederzeit unter Einhaltung der Kündigungsfrist aus der Genossenschaft auszutreten und Wohnungen von anderer Seite zu erwerben, wobei er das eingezahlte Geld zurückerhält. Daher betätigt sich auch eine große Genossenschaft oder eine Zentrale regelmäßig nicht als verbotenes Kartell [4].

2. Weiterhin könnte eine Genossenschaft zum marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne des § 22 GWB werden und damit unter die Regelungsbefugnis der Kartellbehörde fallen [5]. Paulick [6] bejaht diese Möglichkeit für Genossenschaften dann, wenn sie sämtliche oder einen Großteil aller für sie in Betracht kommenden Wirt-

---

1) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 205 f.

2) Vgl. Westermann, Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf a.a.O., S. 15 ff.

3) Herrschende Meinung, vgl. Müller-Henneberg im Gemeinschaftskommentar a.a.O., § 1 Anm. 54.

4) So auch Müller-Gries-Giessler a.a.O., § 1 Rdn. 79.

5) Vgl. § 22 Abs. 3 und 4 GWB.

6) Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 205.

schaftseinheiten als Mitgliederwirtschaften erfassen. Eine derartige Gefahr besteht wegen der zur Zeit herrschenden Lage auf dem Wohnungsmarkt sowie wegen § 2 Abs. 2 WGG nicht. Da im übrigen die Beziehung des § 22 GWB die Zulässigkeit der Beteiligung als solcher nicht berührt, braucht auf diese Frage nicht näher eingegangen zu werden.

Es kann somit festgestellt werden, daß etwaige Bedenken gegen die Bildung von Zentralen aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten unbegründet sind.

4. K a p i t e l

Die Zulässigkeit der Finanzierung durch Immobilienfonds unter sonstigen Gesichtspunkten

I. Der Einfluß des hohen Kapitals auf die Zulässigkeit

Bisher wurde ausschließlich die Zulässigkeit der Beteiligungen untersucht. Im folgenden ist zu prüfen, ob die Tätigkeit der am Fondsprojekt beteiligten Genossenschaften als solche mit dem Genossenschaftsgesetz zu vereinbaren ist.

Im Vordergrund steht die Frage, inwieweit sich Genossenschaften zur Bewältigung ihrer Aufgaben eines hohen Kapitals bedienen dürfen. Diese Frage stellt sich deshalb, weil die Genossenschaften traditionell auf die persönliche Mitarbeit der Mitglieder hin angelegt waren und sich ein hoher Kapitaleinsatz erübrigte - wenn auch die Wohnungsgenossenschaften schon bisher stärker als andere Genossenschaften auf die Verwendung hoher Kapitalmittel angewiesen waren.

1. Die Anhäufung und der Einsatz des Kapitals

Das Kapital setzt sich einmal aus dem Veräußerungserlös für die Immobilienzertifikate, zum anderen aus den Rücklagen zusammen.

Beim Fonds I fließt der für die Zertifikate erzielte Gegenwert der Kommanditgesellschaft zu. Die Genossenschaften kommen mit dem Kapital nur mittelbar in Berührung. Ein intensiver Einsatz von Kapital durch die Genossenschaft selbst scheidet aus.

Dagegen verwendet der Fondsträger bei Fonds II das Kapital zur Wohnungsbaufinanzierung. Die Kapitalgrundlage der betref-

fenden Genossenschaft kann daher persönliche Bindungen unter den Mitgliedern überlagern.

Im Falle zu hoher Rücklagen kann bei allen Genossenschaften - unabhängig von den Fonds - ein Übergewicht des Kapitals über persönliche Bindungen entstehen.

a) Die Vereinbarkeit mit dem Förderungsprinzip

Das aus den Rücklagen oder dem Fonds gebildete Kapital wird in der Regel nicht sofort für den vorgesehenen Zweck ausgegeben. Das Kapital wird für eine mehr oder weniger große Zeitspanne festgelegt und von allen Verteilungsmaßnahmen ausgeschlossen. Es sammelt sich ein eigenes Vermögen der Genossenschaft an.

Da sich diese Phase der "Kapitalanhäufung" mit einem zielgerichteten Sparen vergleichen läßt, findet sie auf der Stufe der Kapitalerlangung statt. Soweit die Kapitalanhäufung die Finanzierung kostspieliger Förderungsmaßnahmen ermöglicht oder sichert, wird sie nicht als Selbstzweck betrieben. Sie kann daher als tendenziell förderungsbezogen[1)] bezeichnet werden.

Erst recht gilt das für den unmittelbaren Einsatz des Kapitals zum Zwecke der Errichtung von Wohnungen.

Eine Verletzung des Förderungsprinzips ist daher nicht ersichtlich.

b) Die Vereinbarkeit mit dem Personalitätsprinzip

Die Anhäufung eines großen genossenschaftseigenen Kapitals könnte dagegen mit dem Personalitätsprinzip in Widerspruch stehen.

aa) Während die Gesellschafter der Kapitalgesellschaften vor allem die Aufgabe haben, die Kapitalbasis der Gesellschaft

---

1) Vgl. oben S. 85 f.

zu bilden, haben die Mitglieder von Genossenschaften einen "personalistischen" Status. Nicht die Kapitaleinlage, sondern die Person des Mitglieds, das persönliche Tätigwerden, steht im Mittelpunkt des Mitgliedschaftsverhältnisses [1]. Bei den Kapitalgesellschaften "herrscht", bei den Genossenschaften "dient" das Kapital [2]. Das ergibt sich insbesondere aus der rechtlichen Ausgestaltung der Geschäftsanteile: Sie sind nicht übertragbar [3], nicht veräußerlich, nicht vererblich [4] und können keinen Kurswert haben, der über dem Nominalwert liegt. Die Rechte und Pflichten der Mitglieder richten sich daher regelmäßig nach der personenmäßigen Beteiligung.

Es wäre jedoch unrichtig, das Personalitätsprinzip nur als Gegensatz zur kapitalmäßigen Beteiligung zu sehen. Es ist vielmehr in erster Linie Ausdruck des besonderen mitgliedschaftlichen Status der Angehörigen [5]. Darunter ist die Einflußmöglichkeit der Mitglieder auf die Geschicke der Genossenschaft durch bestimmte Mitwirkungsrechte zu verstehen [6]. Der mitgliedschaftrechtliche Status folgt aus der körperschaftlichen Grundstruktur der Genossenschaft und hat die Bedeutung eines wesensnotwendigen Merkmals.

Nach allem müßte die Anhäufung und der Einsatz des hohen Kapitals streng genommen der persönlichen Mitarbeit stets untergeordnet, d.h. als Ergänzung des mitgliedschaftlichen Status anzusehen sein. Wäre diese Überlegung richtig, so müßte die Bedeutung des Kapitals sinken, wenn die persönliche Betätigung der Mitglieder innerhalb der Genossenschaft abnimmt.

---

1) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 60 und 171 ff.

2) Vgl. Messerschmidt a.a.O., S. 73.

3) Vgl. § 76 GenG.

4) Vgl. § 77 GenG.

5) Für die öffentlich-rechtlichen Genossenschaften vgl. Klein, Genossenschaften a.a.O., S. 151 f.; wegen der Geltung auch für privatrechtliche Genossenschaften vgl. Klein-Scheder a.a.O., S. 263.

6) Vgl. im einzelnen Klein-Scheder a.a.O., S. 263.

bb) Tatsächlich trifft aber das Gegenteil zu. Bei der gegenwärtig zu beobachtenden Entwicklung zur Großgenossenschaft löst die allseits geforderte Stärkung der Kapitalgrundlage die enge Beziehung zwischen Genossenschaft und Mitglied. Sie führt zu einer Verselbständigung der Genossenschaften gegenüber ihren Angehörigen. Entsprechend wächst die Bedeutung der kapitalmäßigen Beteiligung. Aus dem in solidarischer Zusammenarbeit gewachsenen Personalverband [1] wird eine unpersönliche Organisation. Ihre kapitalistischen Elemente nähern sie den Kapitalgesellschaften an.

2. Der Widerspruch zwischen dem Personalitätsprinzip und der körperschaftlichen Grundstruktur als Auslegungsmittel

Sieht man die eingetragene Genossenschaft als "Hilfs- oder Ergänzungsbetrieb" der Mitgliedswirtschaften an [2], so würde der Genossenschaft eine eigenständige Tätigkeit verboten sein, die sich nicht unmittelbar mit den Mitgliederbetrieben und ihrer Förderung befaßt. Die Entwicklung zur leistungsfähigen Großgenossenschaft würde damit im Widerspruch stehen.

Es fragt sich allerdings, ob das Personalitätsprinzip tatsächlich dazu zwingt, die Genossenschaft als Hilfs- oder Ergänzungsbetrieb zu verstehen. Bei einer Überprüfung des Personalitätsprinzips ist insbesondere die Grundstruktur der Genossenschaft zu berücksichtigen. Jene ist einerseits Körperschaft [3] und als solche selbst Rechtssubjekt, andererseits aber Personalverband und insoweit dem Willen der Mitglieder untergeordnet. Aus diesem Spannungsfeld ergibt sich die Ursache, aber auch die Lösung des hier behandelten Problems.

Als Körperschaft verfügt die Genossenschaft über eine vom Mitgliederwechsel unabhängige Gesamtpersönlichkeit. Indem

---

1) Vgl. Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 77 u.93 ff.

2) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 60.

3) Vgl. Wolff II a.a.O., § 71 III b 1; Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 76 f.

das Genossenschaftsgesetz dieser Organisation selbständige Rechte und Pflichten verleiht[1], wird die geeinte Willensmacht mehrerer natürlicher Personen zum Willen der Einrichtung selbst[2]. Diese kann daher auch Träger eines eigenständigen Vermögens sein, das von ihren Mitgliedern unabhängig ist. Es stellt sich damit die Frage, ob ein hoher Kapitaleinsatz und eine entsprechende Kapitalanhäufung bei Genossenschaften wegen ihrer körperschaftlichen Struktur erlaubt oder aber wegen ihrer personalistischen Ausrichtung verboten sein sollen.

Eine Antwort könnte sich aus der geschichtlichen Entwicklung der Genossenschaft vom reinen Personalverband zur Körperschaft ableiten lassen.

Der Sippenverband als der älteste Vorläufer der Genossenschaft[3] wies unzweifelhaft personalistische Züge auf[4]. Später, im 13. Jahrhundert, vollzog sich in den Städten unter dem Eindruck der beginnenden Rezeption des römischen Rechts der Wandel von der Bürgerschaft als "universitas civium" zur Stadtkörperschaft als "civitas".[5] In die gleiche Zeit dürfte die Entstehung der Markgenossenschaften mit körperschaftlicher Struktur[6] zu verlegen sein.

Bei den unterschiedlichen Genossenschaften der Folgezeit ist in zunehmendem Maße eine Festigung des körperschaftlichen Aufbaus und eine gleichzeitige Lockerung der personalen Elemente zu beobachten. Der Übergang von einer unbeschränkten zur beschränkten Haftpflicht und die bevorstehende Einführung einer

---

1) Vgl. § 17 Abs. 1 GenG.

2) Vgl. Lehmann-Hübner a.a.O., S. 436.

3) Vgl. Mitteis-Lieberich a.a.O., Kap. 8 III 2; Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 70.

4) Vgl. Gottlieb a.a.O., S. 51.

5) Vgl. Mitteis-Lieberich a.a.O., Kap. 36 II 3 d.

6) Vgl. Hesmer a.a.O., S. 412; Westermann, Das rechtliche Wesen a.a.O., S. 71.

Genossenschaft ohne Haftpflicht[1] sind ein Ausdruck dieser Entwicklung[2].

Im gleichen Umfang, wie die körperschaftliche Struktur ausgebaut wird, ist die Genossenschaft auf eine von den Mitgliedern verselbständigte Kapitalgrundlage angewiesen. Diese ist somit eine Folge der Entwicklung zur Körperschaft und der Bildung des Gesamtwillens.

Man könnte dagegen einwenden, der Gesetzgeber des Genossenschaftsgesetzes habe trotz dieser Entwicklung den Genossenschaften bewußt eine nur mäßige Eigenkapitalbasis in Form der Geschäftsguthaben eingeräumt. Damit habe er die personalistische Konzeption der Genossenschaft in den Vordergrund rücken wollen.

Aus der amtlichen Begründung des Genossenschaftsgesetzes[3] geht zwar hervor, daß wegen des besonderen Genossenschaftszwecks bewußt auf ein "fertiges Grundvermögen" bei der Gründung der Genossenschaft verzichtet wurde. Andererseits war aber die allmähliche Bildung eines Genossenschaftsvermögens als eine der "wichtigsten Aufgaben" erwünscht[4]. Der Gesetzgeber hat in einem verselbständigten Genossenschaftsvermögen keinen Widerspruch mit dem Personalitätsprinzip gesehen, wie aus der Schaffung einer selbständigen Haftungsreserve, dem gesetzlichen Reservefonds zu ersehen ist. Das Bedürfnis der Genossenschaft nach einer gleichmäßigen (Eigen-)Kapitalgrundlage hat der Gesetzgeber ausdrücklich anerkannt[5]. Er glaubte, dem mit der Einführung der Geschäftsguthaben und der längeren Kündigungsfristen bei Ausscheiden hinreichend Rechnung getragen zu haben.

Seither hat jedoch ein wirtschaftlicher Entwicklungsprozeß stattgefunden, der Auswirkungen auch auf die innere Ausgestal-

---

1) Vgl. § 2 Abs. 2 des Entwurfs zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes a.a.O.

2) Vgl. Messerschmidt a.a.O., S.

3) Vgl. Entwurf a.a.O., S. 72.

4) Vgl. Entwurf a.a.O., S. 72

5) Vgl. Entwurf a.a.O., S. 73.

tung der Genossenschaft haben muß. Der Wille des Gesetzgebers ist daher unter Berücksichtigung der neuen Markt- und Wettbewerbsverhältnisse so auszulegen, daß der Genossenschaft durch den Einsatz von höherem Kapital eine zweckgerechte Betätigung ermöglicht wird.

Nach allem nimmt die Genossenschaft als Körperschaft mit einer besonderen personalistischen Ausgestaltung eine Mittelstellung zwischen den Personalgesellschaften und den Kapitalgesellschaften ein [1]. Dem muß die Auslegung des Personalitätsprinzips Rechnung tragen.

Die stärkere Berücksichtigung des körperschaftlichen Elements führt dazu, eine eigenständigere Betätigung für Genossenschaften gegenüber ihren Mitgliedern zuzulassen. Die damit gewonnene Selbständigkeit kommt insbesondere in einer Stärkung der Kapitalbasis zum Ausdruck. Das Personalitätsprinzip wird auf diese Weise auf seinen wesentlich Inhalt zurückgeführt. Dieser besteht nicht darin, die Höhe des Kapitaleinsatzes zu beschränken, sondern darin, das persönliche Tätigwerden und die Mitarbeit der einzelnen Mitglieder durch die gesetzlich und satzungsgemäß verankerten Mitwirkungsrechte zu gewährleisten.

Die Mitwirkungsrechte werden durch die Anhäufung von Reserven und durch den Zufluß des Zeritifkaterlöses nicht geschmälert. Weder eine starke Kapitalgrundlage, noch eine von den Einzelmitgliedern gelöste Betätigung der Genossenschaft ist daher in der Regel als eine Verletzung des Personalitätsprinzips anzusehen.

Da die Verbreiterung der Kapitalbasis - wie oben festgestellt wurde - auch der erwerbs- und wirtschaftsbezogenen Förderung dient, ist die Verletzung von Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes nicht ersichtlich.

---

1) Vgl. auch Klein-Paulick a.a.O., S. 218.

Die innerorganisatorische Zuständigkeit zur Durchführung des Fondsprojekts bei Genossenschaften

Die Genossenschaften haben zum Zweck der Bildung von Immobilienfonds insbesondere folgende Aufgaben wahrzunehmen: Die Bildung von Zentralen bei Fonds I und II, der Abschluß des Gesellschaftsvertrags mit der Kommanditgesellschaft bei Fonds I, die Übernahme der Baubetreuung bei Fonds I und II sowie die Aufgaben des Fondsträgers und Treuhänders bei Fonds II, wozu die Erteilung von Auflassungsvormerkungen gehört.

Die Prüfung der Zuständigkeit soll sich im folgenden auf die Verhältnisse bei den eingetragenen Genossenschaften - Primärgenossenschaften und Zentralgenossenschaften - beschränken. Soweit die Zentralen die Rechtsform der Aktiengesellschaft oder die der GmbH benutzen, kommen weitere Probleme hinzu; die Zuständigkeit liegt in diesem Fall letztlich beim Geschäftsführer der GmbH [1] bzw. beim Vorstand der Aktiengesellschaft [2].

Die Genossenschaft handelt mit Hilfe ihrer Organe, deren Handeln ihr unmittelbar zuzurechnen ist. Für die Ausführung der mit den o.a. Aufgaben verbundenen Handlungen kommen der Vorstand und/oder die Mitgliederversammlung in Betracht [3].

1. Die Mitgliederversammlung ist das oberste Willensbildungs- und Entscheidungsorgan der Genossenschaft [4]. Als solches könnte sie alle Beschlüsse fassen, die zur Durchführung der Aufgaben nötig erscheinen, soweit diese nicht ausdrücklich vom Gesetz einem anderen Organ zwingend zugewiesen sind [5].

---

1) Vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG.

2) Vgl. § 76 Abs. 1 AktG.

3) Der Aufsichtsrat scheidet von vornherein aus, da ihm nach § 38 Abs. 1 GenG regelmäßig nur eine überwachende Funktion zugewiesen ist.

4) und 5) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O. S. 240.

2. Der Vorstand erscheint häufig nur als das die Beschlüsse der Mitgliederversammlung ausführende Organ. Es wird allerdings im Schrifttum die Ansicht vertreten, er sei für Maßnahmen, die in den Bereich der Geschäftsführung fallen, allein zuständig, ohne daß die Mitgliederversammlung in einer "den Vorstand bindenden Weise darüber entscheiden" könne [1].

Unrichtig erscheint es jedenfalls, auch Maßnahmen der Geschäftsführung ausschließlich in den Aufgabenbereich der Mitgliederversammlung zu verlegen. Für einen dahingehenden Willen des Gesetzgebers bietet das Genossenschaftsgesetz keinen Anhaltspunkt. Dieses läßt vielmehr das Bemühen des Gesetzgebers erkennen, Aufgaben und Pflichten der einzelnen Genossenschaftsorgane funktionsgerecht zu verteilen, d.h. jedem Organ diejenigen Sachbereiche zu übertragen, die es seiner organisatorischen Ausgestaltung nach am zweckmäßigsten ausführen kann. Die ausschließliche Übertragung von Aufgaben der Geschäftsführung auf die Mitgliederversammlung wäre wenig sachgerecht. Denn diese ist wegen ihrer Größe und Zusammensetzung gar nicht imstande, diese Aufgaben ordnungsgemäß zu bewältigen. Wenn man den der Genossenschaft eigentümlichen Weg der Willensbildung "von unten nach oben" [2] berücksichtigt, wird man der Mitgliederversammlung allerdings Kontrollrechte im Bereich der Geschäftsführung einräumen müssen [3]. Diese Kontrollrechte schließen eine primäre Zuständigkeit des Vorstands für den Bereich der Geschäftsführung nicht aus. Als gesetzlicher Vertreter der Genossenschaft kann er vielmehr diese durch Willenserklärungen in der Form des § 25 GenG gerichtlich und außergerichtlich vertreten [4]. Der Vorstand könnte daher die mit der Fondsfinanzierung zusammenhängenden Aufgaben alleine durchführen, wenn sie in den Bereich der Geschäftsführung fielen.

---

1) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 220; anderer Ansicht: Weber a.a.O., S. 12 f.

2) "Demokratie-Prinzip".

3) Vgl. Weber a.a.O., S. 13 und 17.

4) Vgl. § 24 Abs. 1 GenG; Lang-Weidmüller a.a.O., § 24 Anm. 1; Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 221.

Zur Geschäftsführung gehören alle Maßnahmen, welche die ordnungsgemäße Leitung der Genossenschaft umfassen [1]. Der Kreis der zur ordnungsgemäßen Leitung gehörenden Angelegenheiten läßt sich sehr weit ziehen. Dabei kann sich der Begriff "ordnungsgemäß" seiner wörtlichen Bedeutung nach weder auf die Häufigkeit noch auf die finanzielle Bedeutung der konkreten Entscheidung für die Genossenschaft allein beziehen. Vielmehr müssen regelmäßig alle Maßnahmen als "ordnungsgemäß" angesehen werden, die der Unternehmung zur Durchführung ihres speziellen Zwecks dienlich sind und die vom Gesetz nicht einem andern Organ zugewiesen sind. So müssen heute auch Entscheidungen im Rahmen der Finanzierung als Maßnahmen der ordnungsgemäßen Leitung agesehen werden, da dies ein Hauptaufgabengebiet der Unternehmensführung ist.

Die Zuständigkeit des Vorstands ist jedoch in zwei Fällen ausgeschlossen: Einmal, wenn zur Durchführung der o.a. Aufgaben ein satzungsändernder Beschluß nötig wäre, der nur von der Mitgliederversammlung gefaßt werden kann [2], zum anderen, wenn die Übernahme des Fondsprojekts zu einer Verletzung der genossenschaftlichen Duldungspflicht der Mitglieder führen würde.

a) Eine Satzungsänderung wäre notwendig, wenn der Gegenstand des Unternehmens geändert werden würde. Der Gegenstand des Unternehmens ist das Mittel, mit dem die Genossenschaft im Einzelfall ihren Zweck zu erreichen sucht [3], nicht dagegen der Zweck des Unternehmens selbst [4], da dieser in der Förderung der Mitglieder besteht und durch § 1 GenG bereits festgelegt ist.

Der Gegenstand einer Wohnungsgenossenschaft ist die Errichtung und Bewirtschaftung von (Klein-)Wohnungen im eigenen Namen. Die Genossenschaft kann auch die Errichtung von (Klein-)Wohnungen betreuen und fremde (Klein-)Wohnungen verwalten [5]. Deren Abgabe

---

1) Vgl. Paulick, Eingetragene Genossenschaft a.a.O., S. 221.
2) Vgl. § 16 Abs. 1, § 6 Ziff. 2 GenG.
3) Vgl. Meyer-Meulenbergh a.a.O., §§ 6, 7 Anm. 3.
4) Vgl. Lang-Weidmüller a.a.O., § 6 Anm. 3.
5) Vgl. § 2 Abs. 1 der Mustersatzung a.a.O.

an die Mitglieder ist demnach das Mittel, mit dem die Genossenschaft ihre Förderungsaufgabe erfüllt [1]. Darin kommt nicht zum Ausdruck, daß sich die Genossenschaft hinsichtlich ihres Geschäftsgegenstands einer bestimmten Finanzierungsart bedienen müßte, bestimmte Beteiligungen nicht eingehen oder keine Zertifikate ausgeben dürfte. Die mit den Fonds verbundenen Aufgaben deuten insgesamt nicht auf eine Änderung des Mittels "Bau von (Klein-)Wohnungen" hin. Vielmehr soll gerade erreicht werden, daß das Mittel besser als mit den herkömmlichen Finanzierungsarten verwirklicht wird.

Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die Genossenschaften im Rahmen des Fonds II Zertifikate ausgeben und Auflassungsvormerkungen erteilen. Eine derartige Tätigkeit hält sich im Rahmen anderer zur Finanzierung und deren Sicherung notwendiger Maßnahmen und hat keine eigenständige Bedeutung. Allerdings darf die von der Mitgliederversammlung gemäß § 49 Ziff. 1 GenG aufgestellte Höchstgrenze, bis zu der die Genossenschaft Anleihen aufnehmen darf, nicht überschritten werden.

Die Übernahme der Treuhänderstellung bei Fonds II bringt zwar neue Risiken mit sich, verändert jedoch das Mittel der Zweckerreichung (Bau von Kleinwohnungen) nicht. Vielmehr dient die Maßnahme dazu, das Mittel zukünftig besser zu erreichen. Sie könnte somit als "Mittel zur Erleichterung der Verwirklichung des Mittels" bezeichnet werden.

b) Der Vorgang der Fondsbildung und die sonstigen mit den Fonds verbundenen Aufgaben wären der Zuständigkeit des Vorstands somit nur dann entzogen, wenn den Mitgliedern neue Pflichten auferlegt würden, die über die genossenschaftliche Duldungspflicht hinausgingen. Besondere Leistungspflichten, mit denen die Mitglieder bei Eintritt nicht zu rechnen brauchen, können nur mit der Zustimmung aller Mitglieder in der Mitgliederversammlung

---

1) Vgl. § 2 Abs. 2 der Mustersatzung a.a.O.

eingeführt werden [1].

Im vorliegenden Fall ist jedoch die Begründung neuer Leistungspflichten für die Mitglieder nicht ersichtlich. Jene könnten nur aus einer Pflicht, Zertifikate zu übernehmen, folgen. Die Zertifikate werden von ihren Erwerbern aber freiwillig gezeichnet.

Das Fondsprojekt führt auch nicht zu einer wirtschaftlichen Belastung, sondern seiner Zielsetzung nach letztlich zu einer Entlastung der einzelnen Mitglieder, wenn man davon absieht, daß der komplizierte Geschäftsablauf erhöhte Risiken mit sich bringen kann.

Die Zustimmungspflicht aller Mitglieder kann weiterhin nicht unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Gleichheitssatzes [2] konstruiert werden, indem man z.B. unterstellt, wegen Geldmangels oder wegen der begrenzten Zahl der Zertifikate können nicht alle Mitglieder in den Genuß der Zertifikate kommen. Soweit Mitglieder freiwillig auf den Erwerb von Zertifikaten verzichten, scheidet eine Verletzung des Gleichheitssatzes nach dem Grundsatz volenti non fit iniuria ohnehin aus. Soweit Mitglieder aus Geldmangel oder weil nicht genügend Anteilscheine vorhanden sind [3], auf diese verzichten müssen, liegt jedenfalls eine sachgerechte Differenzierung vor, die ebenfalls eine Verletzung des genossenschaftlichen Gleichheitssatzes ausschließt. Im übrigen können die Zertifikate in der Weise gestückelt werden, daß ihre Anzahl mit der der Mitglieder

---

1) So das RG in ständiger Rechtsprechung, vgl. Urteil vom 23.4.1929 - II 377/28 (RGZ 124 S. 182 - 192, 188); vom 5.4.1933 - I 175/32 (RGZ 140 S. 231 - 258, 247); vgl. auch den Beschluß des BayObLG vom 6.7.1967 - BReg. 2Z 28/67 (NJW 1967 S. 2163 - 2165); Meyer-Meulenbergh a.a.O., § 18 Anm. 8; Parisius-Crüger a.a.O., § 6 Anm. 3; Lang-Weidmüller a.a.O., § 16 Anm. 1.

2) Vgl. Beschluß des BayObLG vom 6.7.1967 - BReg.2Z 28/67 (NJW 1967 S. 2163 - 2165).

3) In diesem Falle könnte z.B. die zeitliche Reihenfolge der Antragstellung oder das Alter der Mitgliedschaft als Zuteilungsmaßstab dienen.

identisch ist oder diese übersteigt, so daß jedes Mitglied die Möglichkeit hat, ein Zertifikat zu erhalten.

Nach allem ist der Vorstand berechtigt, die mit den Fonds zusammenhängenden Aufgaben allein durchzuführen.

5. K a p i t e l

Die Zulässigkeit unter Berücksichtigung des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts

I. Die Vorteile der Anerkennung als gemeinnütziges Wohnungsunternehmen und ihre Voraussetzungen

1. Die Vorteile

a) Durch die Anerkennung nach dem Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz [1] gelten Wohnungsunternehmen nach § 1 Abs. 2 WGG "als Unternehmen, die ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen Zwecken dienen und deren wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb über den Rahmen einer Vermögensverwaltung nicht hinausgeht". Zugunsten der Wohnungsunternehmen wird damit eine Fiktion aufgestellt, auf Grund derer die Voraussetzungen mehrerer Steuerbefreiungsvorschriften vorliegen. Die Frage, ob das betreffende Wohnungsunternehmen tatsächlich gemeinnützigen Zwecken dient und sich sein Geschäftsbetrieb innerhalb der Vermögensverwaltung bewegt, ist nach Anerkennung durch die Anerkennungsbehörde [2] vom zuständigen Finanzamt nicht mehr zu prüfen.

b) Die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen sind u.a. gemäß § 3 Abs. 1 Ziff. 6 VStG von der Vermögensteuer, gemäß § 4 Abs. 1 Ziff. 6 KStG, § 8 Ziff. 1 KStDV von der Körperschaftsteuer, gemäß § 3 Ziff. 6 GeWStG von der Gewerbesteuer, gemäß § 4 GrEStG von der Grunderwerbsteuer und gemäß § 4 Ziff. 3 b und 6 GrStG von der Grundsteuer befreit.

---

1) Gesetz über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen i.d.F. vom 29.2.1940 (RGBl. I S. 438).

2) Vgl. §§ 16 ff. WGG.

2. Die Voraussetzungen

Den Vorteilen, die sich für das gemeinnützige Wohnungsunternehmen aus der Anerkennung ergeben, stehen verschiedene Nachteile in Form von Bindungen und Beschränkungen gegenüber, da die Anerkennung an die Voraussetzungen der §§ 2 - 15 WGG gebunden ist.

a) Das gemeinnützige Wohnungsunternehmen muß nach § 2 Abs. 1 WGG eine juristische Person sein, so daß eine Personalgesellschaft als Rechtsform ausscheidet.

b) Wenn das Wohnungsunternehmen die Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft benutzt, hat es gemäß § 2 Abs. 2 WGG seinen Geschäftsbetrieb auf einen bestimmten Bezirk zu beschränken.

c) Gemäß § 3 WGG muß bei einer Aktiengesellschaft ein Betrag von 50 000,-- DM auf das Grundkapital eingezahlt sein. Bei einer Genossenschaft hat der Geschäftsanteil mindestens 300,-- DM zu betragen und ist innerhalb von drei Jahren nach der gerichtlichen Eintragung einzuzahlen.

d) Das Wohnungsunternehmen muß nach § 4 WGG unabhängig von Angehörigen des Baugewerbes sein; es ist

e) bestimmten Bindungen hinsichtlich der Gestaltung der Miet- und der Nutzungsverträge sowie hinsichtlich der Höhe des dafür zu entrichtenden Entgelts unterworfen [1].

f) Das gemeinnützige Wohnungsunternehmen ist nach § 5 Abs. 1 und 2 WGG gehalten, Wohnungen nicht an einen im voraus bestimmten Personenkreis oder, wenn es eine Genossenschaft ist, nur an Mitglieder abzugeben, deren Zahl oder Auswahl nicht begrenzt werden darf.

---

1) Vgl. § 7 WGG.

g) Bindungen bestehen weiterhin bezüglich der Art der Geschäftstätigkeit, da sie sich in erster Linie auf den Bau von Kleinwohnungen zu beschränken hat [1]. Andere erlaubte Tätigkeiten sind in §§ 7 - 9 WGG DV abschließend aufgeführt. U.a. ist einem gemeinnützigen Wohnungsunternehmen eine Beteiligung oder eine Mitgliedschaft nur an gemeinnützigen Wohnungsunternehmen oder bei Personenvereinigungen gestattet, die das Kleinwohnungswesen fördern.

h) Schließlich dürfen die Mitglieder oder die Gesellschafter von gemeinnützigen Wohnungsunternehmen gemäß § 9 WGG bei der Verteilung des Reingewinns nicht mehr als jährlich 4% der eingezahlten Kapitaleinlagen und keine sonstigen Vermögensvorteile erhalten, die nicht als angemessene Gegenleistung für eine besondere geldwerte Leistung anzusehen sind.

Einige dieser Bestimmungen können sich nachteilig auf die Wirtschaftlichkeit des Wohnungsunternehmens auswirken. Im Rahmen dieser Untersuchung ist es nicht möglich, die betriebswirtschaftlichen Vorteile und Nachteile gegeneinander abzuwägen. In der Praxis ist jedoch auf jeden Fall im Rahmen einer wirtschaftlich-kostenmäßigen Kalkulation zu prüfen, ob nicht die Vorteile, welche die Anerkennung nach dem Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz bietet, von den Nachteilen der damit verbundenen Beschränkungen aufgewogen oder übertroffen werden.

Von den oben unter a) bis h) aufgezählten Voraussetzungen soll im folgenden nur auf diejenigen näher eingegangen werden, die im Zusammenhang mit der Fondsfinanzierung von besonderer Bedeutung sind.

Da nach § 2 Abs. 1 WGG nur eine juristische Person als gemeinnütziges Wohnungsunternehmen anerkannt werden kann, kommen für diese Funktion nur die Primärgenossenschaften, die Zentralen oder evtl. eine potente Einzelgenossenschaft in Betracht.

---

1) Vgl. § 6 WGG.

II. Die Übernahme der Funktion des gemeinnützigen Wohnungsunternehmens durch die Zentralen

1. Fonds I

a) Zweifelhaft ist bereits, ob die Beteiligung an der Kommanditgesellschaft als Komplementär zu dem nach § 6 WGG erlaubten Geschäftskreis zu rechnen ist. §§ 6 bis 9 WGG in Verbindung mit § 6 Abs. 3 WGG enthalten einen abschließenden Katalog der für ein gemeinnütziges Wohnungsunternehmen erlaubten Betätigungen. Die Zulässigkeit von Beteiligungen richtet sich insbesondere nach § 9 Abs. 1 Buchst. e) WGG DV.

Eine Beteiligung an anderen gemeinnützigen Wohnungsunternehmen scheidet mit Rücksicht auf § 2 Abs. 1 WGG aus, da die Kommanditgesellschaft keine juristische Person ist.

Auch eine Beteiligung an Unternehmen, die ausschließlich Gemeinschaftsanlagen und Folgeeinrichtungen errichten und betreiben, kommt nicht in Betracht. Denn unter derartigen Anlagen und Einrichtungen sind nach § 8 Abs. 2 und 3 WGG DV nur Anlagen in der Art von Heizungsanlagen oder Einrichtungen wie Kindertagesstätten o.ä. zu verstehen. Die Aufgaben, welche die Kommanditgesellschaft zu erfüllen hat, fallen daher nicht darunter.

Es braucht nicht entschieden zu werden, ob die Kommanditgesellschaft als Zusammenschluß anzusehen ist, der "die Wahrnehmung von gemeinsamen Interessen bei der Vorbereitung und Durchführung von einzelnen Bauvorhaben und die zentrale Erledigung von Verwaltungsaufgaben" obliegt. Denn ein derartiger Zusammenschluß muß "ganz überwiegend" von gemeinnützigen Wohnungsunternehmungen gebildet werden. Nach Nr. 11 der Erläuterungen und Weisungen zum Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht [1] ist diese Voraussetzung nur dann erfüllt, wenn die beteiligten gemeinnützigen Wohnungsunternehmen in der Kom-

1) RdErl. des Innenministers von Nordrhein-Westfalen vom 26.8.1970 (MBl.NW. 1970/163 S. 1728).

manditgesellschaft eine Stimmenmehrheit von mindestens 66 2/3 % haben. Eine derartige Mehrheit wird im vorliegenden Fall voraussichtlich selbst dann nicht zu erreichen sein, wenn der Kommanditist zugleich ein Organ der Zentrale ist. Dieser wird in der Regel eine natürliche Person sein und damit als gemeinnütziges Wohnungsunternehmen ausscheiden.

Es kann dahinstehen, ob nicht jeweils zwei Zentralen zusammen versuchen sollten, die erforderliche Zweidrittel-Mehrheit innerhalb der Kommanditgesellschaft zu gewinnen. Denn jedenfalls ist auch die Voraussetzung des § 6 Abs. 1 Satz 1 WGG nicht erfüllt. Die Zentralen befassen sich nicht mit dem Bau von Kleinwohnungen im eigenen Namen. Sie üben eine verwaltende Funktion aus, ohne direkt am Wohnungsbau beteiligt zu sein. Wie aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz WGG hervorgeht [1], würde allein die Betreuung von Bauten anderer Unternehmen nicht ausreichen.

b) Da die Zentrale andere als die in §§ 6 - 9 WGG DV bezeichneten Geschäfte betreibt, bleibt ihr nur die Möglichkeit, eine Ausnahmebewilligung nach § 6 Abs. 3, 4 WGG, § 10 Abs. 1 Buchst. c) WGG DV zu beantragen.

Die Entscheidung liegt im Ermessen der zuständigen obersten Landesbehörde. Diese darf die Bewilligung dann nicht erteilen, wenn durch die Tätigkeit der Zentrale die Gemeinnützigkeit beeinträchtigt wird. Eine Beeinträchtigung ist nicht zu erwarten, da die Zentrale das Ziel verfolgt, die Finanzierung der Wohnungsgenossenschaften zu sichern und so den Bau von Kleinwohnungen begünstigt [2].

Gleichwohl werden Ausnahmebewilligungen für Zentralen des Fonds I kaum praktisch werden. Da die Zentrale keine Kapitalbeteiligung innerhalb der Kommanditgesellschaft hält, werden die von ihr zu versteuernden Beträge so gering sein, daß für die Anerkennung als gemeinnütziges Wohnungsunternehmen

---

1) "daneben".

2) Vgl. Nr. 12.1 Abs. 1 der Erläuterungen und Weisungen zum Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht vom 26.8.1970 (MBl. NW. 1970/163 S. 1728).

in der Praxis regelmäßig kein Bedürfnis bestehen wird.

2. Fonds II

a) Bei der Zentrale - oder einer potenten Einzelgenossenschaft - kann eine Kollision mit § 9 Abs. 1 Buchst. e) WGG DV nicht entstehen, da eine weitere Beteiligung nicht erstrebt wird.

b) Die Zentralen sind als Bauherren der mit dem Fondsvermögen errichteten Wohnungen anzusehen. Sie befassen sich daher satzungsgemäß und tatsächlich mit dem Bau von Kleinwohnungen im eigenen Namen - § 6 Abs. 1 WGG. Daß sie dabei für fremde Rechnung tätig werden, ist unschädlich [1]. Auch können sie sich - z.B. von den Primärgenossenschaften - ganz oder teilweise betreuen lassen [2].

c) Dagegen könnte die über den Wohnungsbau hinausgehende Tätigkeit als Fondsträger nicht mehr zu den nach §§ 6 WGG, 9 WGG DV zulässigen Geschäften gehören.

Nach § 9 Abs. 1 Buchst. a) WGG DV sind alle Rechtsgeschäfte gestattet, die mit der Errichtung, der Verschaffung und der Finanzierung der Bauten und der Anlagen in dem üblichen Rahmen ordnungsgemäßer Wohnungswirtschaft zusammenhängen.

Soweit der Fondsträger die persönliche Schuld für die Aufnahme der zusätzlichen Fremdmittel gegenüber den Gläubigern übernimmt, liegt ein Rechtsverstoß nicht vor. Zwar geht § 9 Abs. 1 Buchst. a) WGG DV davon aus, daß Bauten gerade des Wohnungsunternehmens finanziert werden; hingegen handelt der Fondsträger insoweit nur als Treuhänder für die Zertifikatinhaber, welche als wirtschaftliche Eigentümer anzusehen sind. Jedoch ist der Fondsträger Bucheigentümer und berechtigt, die zur

---

1) Vgl. § 6 Abs. 1 WGG DV.

2) Vgl. § 6 Abs. 1 WGG DV.

Kreditbeschaffung notwendigen Hypotheken zu bewilligen. Die Kreditgeber sehen daher gerade die Übernahme der Schuld durch das Wohnungsunternehmen als wesentlich an [1]. Im übrigen ist der Treuhänder im Außenverhältnis allein der maßgebliche und voll berechtigte Eigentümer der Wohnungen. Das Innenverhältnis des Treuhänders zu den Zertifikatinhabern ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich.

Soweit das Wohnungsunternehmen die fertiggestellten Wohnungen verwaltet, ist dies nach § 6 Abs. 2 WGG, § 7 Abs. 1 Buchst. a) bis c) WGG DV zulässig [2].

Bei der Annahme des Zertifikaterlöses handelt es sich um eine Maßnahme, die nicht anders zu bewerten ist, als die Hereinnahme von Zwischenkrediten und Baudarlehen, wie sie in § 9 Abs. 1 Buchst. a) WGG DV aufgeführt sind.

Als Besonderheit kann allenfalls die Erteilung der Auflassungsvormerkungen angesehen werden. Diese ist eine über die Finanzierung hinausgehende Maßnahme und kann die Rechte an den betreffenden Grundstücken berühren [3].

§ 9 Abs. 1 Buchst. a) WGG DV erwähnt den Erwerb, die Veräußerung und die Belastung von Grundstücken. Wie diese Vorschrift zeigt, hielt der Gesetzgeber Maßnahmen für erlaubt, die über die reine Finanzierung hinaus bis zu Verfügungen über Grundstücke reichen.

Der Rechtscharakter der Auflassungsvormerkung im Sinne der §§ 883 ff. BGB ist umstritten. Sie ist keine Verfügung, sondern eine "dingliche Sicherung eines Anspruchs auf eine Zuordnungsänderung eines Liegenschaftsrechts [4]. Gleichwohl wird der Auflassungsvormerkung nach nahezu einhelliger Meinung Verfügungscharakter zugesprochen [5].

---

1) und 2) Vgl. Immobilienfonds a.a.O., S. 57.

3) Vgl. § 883 Abs. 2 BGB.

4) Vgl. Westermann, Sachenrecht a.a.O., § 84 I 2 b, S.414.

5) Vgl. Westermann, Sachenrecht a.a.O., § 84 I 2 b, c, S.414 f., unter Berufung auf das Urteil des BGH vom 1.10.1958 - V ZR 26/57 (BGHZ 28 S. 182-188, 185) und Urteil vom 21.12. 1960 - VIII ZR 204/59 (BGHZ 34 S.254-260, 257).

Entscheidend für die Lösung im vorliegenden Fall ist jedoch der folgende Gesichtspunkt: Wenn § 9 Abs. 1 Buchst. a) WGG DV den gemeinnützigen Wohnungsunternehmen im Interesse einer dinglichen Sicherung der Geldgeber eine Verfügung über Grundstücke gestattet, so muß die nicht so einschneidend wirkende Sicherung durch die Erteilung einer Auflassungsvormerkung erst recht erlaubt sein. Denn diese stellt gegenüber der Verfügung ein "minus" dar. Daher kann die Zentrale im Einklang mit dem Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz Auflassungsvormerkungen an die Zertifikatinhaber erteilen.

d) Eine weitere Schwierigkeit besteht wegen des § 9 WGG. Nach dieser Vorschrift darf die Zentrale bei der "Verteilung des Reingewinns" jährlich nur 4 % auf die "eingezahlten Kapitaleinlagen" an die "Mitglieder oder Gesellschafter" ausschütten.

aa) Die Zahlungen, welche die Zertifikatinhaber als Mitglieder der Primärgenossenschaften von diesen erhalten, können in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben.

bb) Dagegen wäre es möglich, daß die Zentrale eine Dividende an die Primärgenossenschaften zahlt. Hinzu kommt die Ausschüttung an die Zertifikatinhaber in Höhe von 5 bis 5,5 %. Wenn man die Kapitaldividende mit 3 % ansetzt, so ergibt sich aus der Sicht der Zentrale eine jährliche Gesamtausschüttung zwischen 8 und 8,5 %.

Fraglich könnte allerdings sein, ob die Ausschüttung auf die Zertifikate eine "Verteilung des Reingewinns" ist. Vom tatsächlichen Erscheinungsbild her könnte man die Zertifikatinhaber mit Kreditgebern vergleichen, die nur zufällig mit den Mitgliedern der Primärgenossenschaften identisch sind. Der Zertifikaterlös wäre dann den Fremdmitteln gleichzustellen, und die Dividende wäre in der Handelsbilanz wie die Verzinsung von Fremdmitteln auszuweisen. Sie würde als Posten auf der Passivseite der Bilanz den Geschäftsgewinn schmälern und wäre keine Gewinnverteilung.

Da der Zertifikaterlös keinen Rückforderungsansprüchen Dritter ausgesetzt ist, kann er jedoch nicht zu den Fremdmitteln gerechnet werden. Er steht insoweit dem Gegenwert für die Ausgabe von Aktien nahe. Da die Zertifikatinhaber außerdem als Treugeber wirtschaftliche Eigner des Fondsvermögens sind, darf die Dividende nicht zu Lasten des Bilanzgewinns verbucht und bilanziert werden. Sie ist daher als die Verteilung des Reingewinns anzusehen.

Die Ausschüttung stände im Widerspruch zu § 9 WGG, wenn sie in der vollen Höhe an die Mitglieder oder Gesellschafter der Zentrale gelangt.

(1) Als Mitglieder oder Gesellschafter der Zentrale kommen nur die Primärgenossenschaften in Betracht [1]. Da die Zentrale nicht berechtigt ist, Dividenden an Nichtmitglieder [2] oder an Nicht-Gesellschafter [3] zu zahlen, kann die Kapitaldividende in Höhe von 3 % nur den Primärgenossenschaften zufließen. Die Höchst-Ausschüttungsgrenze von 4 % ist daher insoweit nicht überschritten.

(2) Dagegen liegt die Ausschüttung an die Zertifikatinhaber mit 5 bis 5,5 % an sich schon über der Höchstgrenze. Rechnet man sie der Kapitaldividende hinzu, so ist die Höchstgrenze erheblich überschritten. Obwohl die Zertifikatinhaber formell nicht Mitglieder oder Gesellschafter der Zentralen sind, könnten sie diesen doch gleichzustellen sein. § 9 WGG könnte - entgegen seinem Wortlaut - auch diesen Fall erfassen, wenn der Sinn und Zweck dieser Vorschrift ausschließlich darin bestehen würde, zu verhindern, daß zu hohe Beträge von der Vermögenssubstanz des Unternehmens abgezogen werden. Es wäre dann jede über 4 % liegende Ausschüttung selbst dann unzulässig, wenn sie Nichtmitgliedern zugute käme.

An einer derartigen extensiven Auslegung des § 9 WGG zu Lasten der Zertifikatinhaber bestehen indes erhebliche Bedenken. Es ist

---

1) Vgl. oben S. 92 f.

2) Vgl. § 19 Abs. 1 Satz 1 GenG.

3) Vgl. § 174 Abs. 2 Ziff. 2 AktG; § 29 Abs. 1 GmbHG.

vom Wortlaut der Vorschrift auszugehen. Dieser nimmt für die Gewinnverteilung ausdrücklich auf die eingezahlten Kapitaleinlagen Bezug. Daran wird das Bestreben erkennbar, die Gewinnverteilung gerade im Zusammenhang mit dem Mitgliedschaftsverhältnis zu regeln. Dieser Wille des Gesetzgebers läßt nur den Schluß zu, daß er befürchtet hat, die gemeinnützige Tendenz des Wohnungsunternehmens könne von den Kapitalinteressen gerade der Mitglieder überlagert werden. Hohe Gewinnausschüttungen könnten nämlich die an sich kostendeckenden Mieten [1] in die Höhe treiben und die Gefahr einer "Entartung" des Unternehmens mit sich bringen.

Diese Gefahr eines "Zielkonflikts" besteht aber vor allem dann, wenn der Kreis derjenigen, welche die Gewinne verteilen, mit den Gewinnadressaten identisch ist. Nur die Mitglieder oder Gesellschafter der Zentralen können die Höhe der Ausschüttungen mit dem Stimmrecht in der Mitgliederversammlung oder Generalversammlung wenigstens mittelbar beeinflussen. § 9 WGG setzt daher voraus, daß der Reingewinn nicht nur an die Mitglieder, sondern auch gerade auf Grund des Mitgliedschaftsverhältnisses, d.h. auf die Kapitaleinlagen verteilt werden muß.

Da die Zertifikatinhaber weder Mitglieder der Zentrale sind, noch die Zertifikate ein Mitgliedschaftsverhältnis ausdrücken oder im Zusammenhang mit den Kapitaleinlagen stehen, fällt die Dividende auf die Zertifikate nicht unter § 9 WGG. Sie ist vielmehr wie die Verzinsung von Krediten zu beurteilen.

cc) Wenn eine einzelne potente Genossenschaft die Funktion des Fondsträgers übernimmt, können sowohl die Kapitaldividende auf die Kapitaleinlagen, als auch die Dividende auf die Zertifikate den Mitgliedern zugute kommen. Sie erhalten somit die gesamte Ausschüttung.

Beide Dividenden entstammen verschiedenen Vermögensmassen - dem Genossenschaftsvermögen einerseits und dem davon getrennten

---

1) Vgl. § 7 Abs. 2 WGG, § 13 Abs. 1 WGG DV.

Fonds-Sondervermögen andererseits. Daher ist auch die Verteilung der Gewinne aus diesen Vermögensmassen von einander zu trennen. Zugleich ist für jede Ausschüttung gesondert zu prüfen, ob sie mit § 9 WGG zu vereinbaren ist. Es ergeben sich deshalb keine Abweichungen gegenüber dem Ausgangsfall (bb).

Die gleichen Fragen hätten sich im übrigen bei der Einführung eines genossenschaftlichen Förderkapitals gestellt. In der zusätzlichen Ausschüttung auf die Förderkapitalanteile hat man anscheinend aus den gleichen Gründen ebenfalls keinen Widerspruch zu § 9 WGG gesehen. Denn im Vorentwurf [1] war nur geplant, an § 9 WGG einen Absatz 2 anzufügen, der eine Sonderregelung über die Anteile am gesetzlichen Reservefonds enthalten sollte. Eine Änderung des § 9 Buchst. a) WGG war dagegen nicht vorgesehen.

Die Kapitaldividende auf die Immobilienzertifikate steht somit nicht dem § 9 WGG entgegen. Die Zentralen des Fonds II erfüllen die Voraussetzungen der Anerkennung als gemeinnützige Wohnungsunternehmen.

III. Die Übernahme der Funktion des gemeinnützigen Wohnungsunternehmens durch die Primärgenossenschaften

1. Der Bereich der Geschäftstätigkeit ist gemäß § 6 Abs. 1 WGG auf den Bau von Kleinwohnungen im eigenen Namen beschränkt. Da die Primärgenossenschaften den eigenen Wohnungsbau fortführen und die Wohnungsversorgung über die Fonds nur zusätzlich übernehmen sollten, sind sie zumindest hinsichtlich der von ihnen selbst durchgeführten Bauprojekte als Bauherren anzusehen. Damit erfüllen sie die Voraussetzung der wirtschaftlichen und der technischen Vorbereitung sowie der Durchführung des Wohnungsbaus im Sinne des § 6 Abs. 1 Satz 1 WGG.

---

1) Vgl. Gegenüberstellung a.a.O., S. 28.

Daneben können sie den Bau von Kleinwohnungen -z.B. für die Zentrale oder die Kommanditgesellschaft betreuen [1]. Außerdem haben sie die Möglichkeit, Kleinwohnungen zu verwalten [2]. Daraus leitet sich die Befugnis ab, die mit den Mitteln des Fonds erbauten Wohnungen anzupachten und an die Mitglieder weiterzugeben.

2. Fraglich ist dagegen, ob die Beteiligung an den Zentralen zu den für gemeinnützige Wohnungsunternehmen zulässigen Tätigkeiten gehört.

Soweit die Zentralen nicht selbst gemeinnützige Wohnungsunternehmen sind - das wird bei Fonds I die Regel sein [3] -, kann die Beteiligung nur nach § 9 Abs. 1 Buchst. e) Nr. 2 WGG DV zulässig sein. Die Zentralen müßten die Voraussetzungen eines Zusammenschlusses erfüllen, der "für die ... Wahrnehmung von gemeinsamen Interessen bei der Vorbereitung und Durchführung von einzelnen Bauvorhaben und die zentrale Erledigung von Verwaltungsaufgaben gebildet" wird. Da die Zentralen neben der Rationalisierung auch die Beteiligung an der Kommanditgesellschaft übernommen haben [4] oder als Bauherr und Treuhänder fungieren [5], ist diese Frage nicht zweifelsfrei. Jedenfalls liegen insoweit keine reinen Verwaltungsaufgaben vor. Andererseits ermöglicht sowohl die Beteiligung an der Kommanditgesellschaft, als auch die Übernahme der Funktion des Fondsträgers die Ausweitung des genossenschaftlichen Wohnungsbaus und dient dessen Finanzierung. Die Finanzierung wiederum ist ein Teilgebiet bei der Vorbereitung der Bauvorhaben. Soweit die Zentralen als Bauherren Verwaltungsaufgaben übernehmen, sind sie auch in die Durchführung der Bauvorhaben eingeschaltet. Sie erscheinen insoweit als "Bündelungsorgane" der Primärgenossenschaften, die deren gemeinsame Interessen

---

1) Vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 WGG, § 6 Abs. 2 Satz 1 WGG DV.

2) Nach näherer Maßgabe des § 7 Abs. 1 WGG DV; vgl. auch § 6 Abs. 2 WGG.

3) Vgl. oben S. 131 f.

4) Bei Fonds I.

5) Bei Fonds II.

bei der Vorbereitung und Durchführung des vom Fonds finanzierten Bauprogramms wahrnehmen.

Weiterhin müßte die Tätigkeit der Zentralen "nur" den beteiligten Primärgenossenschaften "zugute kommen" [1].

Stellt man auf die Tätigkeit als solche ab, so dient sie allein den Primärgenossenschaften. Die Zentrale nimmt letztlich deren Funktionen wahr, soweit sie auf bestimmten Teilbereichen ausgegliedert worden sind. Stellt man dagegen auf das Geschäftsergebnis ab, so sind daran auch die Zertifikatinhaber als Dritte beteiligt, da Dividenden an sie ausgeschüttet werden. Zwar erscheint die Dividende wirtschaftlich nur als Gegenleistung für die Hingabe des Fondskapitals. Jedoch deutet die weite Fassung der Vorschrift - "zugute kommt" - darauf hin, daß jede Nutznießung Dritter an dem Zusammenschluß unterbunden werden sollte.

Zu berücksichtigen ist auch die Entwicklung, die zu der gegenwärtigen Wortfassung des § 9 Abs. 1 Buchst. e) WGG DV geführt hat. Ursprünglich durften sich gemeinnützige Wohnungsunternehmen generell an Personenvereinigungen beteiligen, die das Kleinwohnungswesen "förderten" [2]. Da der Gesetzgeber nunmehr eine einengende kasuistische Fassung gewählt hat, wird sein Bestreben erkennbar, Beteiligungen nur in einem beschränkten Umfang zuzulassen. Daher spricht die Wortfassung dafür, die Finanzierung der Zusammenschlüsse ausschließlich den beteiligten Unternehmen zu überlassen und Einflüsse Dritter zu untersagen. Die Kapitalbeschaffung durch Beteiligung an Kreditunternehmen ist speziell in § 9 Abs. 1 Buchst. f) WGG DV geregelt. Daran zeigt sich, daß der Gesetzgeber bei den Zusammenschlüssen des Buchst. e) nicht an Unternehmen gedacht hat, deren wichtigstes Ziel es ist, im großen Umfang Kapital von dritter Seite aufzunehmen.

---

1) So § 9 Abs. 1 Buchst. e) Nr. 2 WGG DV.

2) Vgl. § 9 Abs. 1 Buchst. e) WGG DV i.d.F. vom 25.4.1957 (BGBl. I S. 406).

Das gilt insbesondere auch für die Zentralen des Fonds I. Zwar sind nicht sie, sondern die Kommanditgesellschaften die Empfänger des Fondskapitals. Sie kommen jedoch als Komplementäre mit in den Genuß des Kapitalzuflusses. Über die Beteiligung an der Kommanditgesellschaft kommt aus dem gleichen Grunde auch ihre Tätigkeit zum Teil letztlich den Zertifikatinhabern als Dritten zugute.

Nach allem dürfte die Beteiligung der Primärgenossenschaften an den Zentralen - soweit diese nicht selbst gemeinnützige Wohnungsunternehmen sind- nur mit einer Ausnahmebewilligung [1] zulässig sein. Da die Bildung der Zentralen der Wohnungsbaufinanzierung dient und den Bau von (Klein-)Wohnungen fördert, stehen einer Ausnahmebewilligung in der Regel keine Hindernisse im Wege [2].

3. Die Genossenschaften stehen wegen der Beteiligung an den Zentralen oder der Kommanditgesellschaft nicht unter dem überwiegenden Einfluß [3] von Angehörigen des Baugewerbes [4]. Es ist anerkannt, daß sich die Kommanditgesellschaft nicht in einer § 4 WGG entsprechenden Weise betätigt [5]. Das muß erst recht für die Zentralen gelten.

4. Schließlich dürfen die Primärgenossenschaften an ihre Mitglieder gemäß § 9 WGG jährlich höchstens 4 % der eingezahlten Kapitaleinlage ausschütten. Da von den Wohnungsgenossenschaften kaum Gewinne erzielt werden, die eine höhere Auszahlung rechtfertigen, ist eine Kollision mit § 9 WGG nicht zu erwarten.

Die Dividende für die Immobilienzertifikate ändert daran nichts. Einmal wird sie nicht von den Primärgenossenschaften gewährt, zum anderen haften zwei von einander getrennte Vermögensmassen [6].

1) Gemäß § 6 Abs. 3, 4 WGG, § 10 WGG DV.
2) Vgl. dazu Nr. 12.1 der Erläuterungen u. Weisungen zum Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht vom 26.8.1970 (MBl.NW.1970/163 S. 1728).
3) Vgl. § 3 Abs. 3 WGG DV wegen der Einzelheiten.
4) Zu diesem Begriff vgl. § 4 Abs. 1 WGG, § 3 WGG DV.
5) Vgl. Immobilienfonds a.a.O., S. 59.
6) Vgl. oben S. 135 ff.(136 f.).

Als Ergebnis kann damit festgestellt werden: Für gemeinnützige Wohnungsunternehmen erscheint die Konstruktion des Fonds II besonders geeignet. Denn sowohl die Zentralen, als auch die Primärgenossenschaften können die Voraussetzungen für die Anerkennung als gemeinnütziges Wohnungsunternehmen erfüllen. Dagegen dürfte bei Fonds I entweder für die Anerkennung der Zentralen oder, wenn diese fehlt, für die der Primärgenossenschaften eine Ausnahmebewilligung erforderlich sein.

L e b e n s l a u f

Am 23. August 1943 wurde ich als Sohn des Postrats Dr. Heinrich Scheder und seiner Ehefrau Charlotte, geb. Schaller, in Berlin geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Am 27. Februar 1962 erwarb ich das Reifezeugnis der Georg-Herwegh Schule, altsprachliches, neusprachliches und mathematisch-naturwissenschaftliches Gymnasium in Berlin-Hermsdorf. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Berlin (zwei Semester), Erlangen (zwei Semester) und Münster (vier Semester) legte ich am 6. August 1966 am Oberlandesgericht Hamm die erste und am 5. Juli 1971 in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

Bis einschließlich zum Sommersemester 1967 studierte ich vier Semester Betriebswirtschaftslehre und war in der Zeit vom 15. Oktober 1966 bis zum 31. August 1969 nebenberuflich als Assistent am Institut für Genossenschaftswesen der Universität Münster angestellt.

Offsetdruck-Fotodruck
J. Hogl, 8520 Erlangen, Hauptstr. 109 (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990